AAS4035

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

TRABAJO ESPECIAL DE GRADO

LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN EL MARCO DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

Presentado por
Garanton, Juan

Para optar al grado de
Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas

Asesor
Nelly, Mata

Caracas, Enero del año 2012

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

APROBACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano *Juan, Garanton* titular de la Cédula de Identidad V-14.689.864, para optar al Título de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, cuyo titulo definitivo es: *La Privación de Libertad en el marco del Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente en la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente,* y manifiesto que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

Caracas, a los quince (15) días del mes de Junio del 2012.

C.I. 3873766

INDICE GENERAL

	pp.
CARTA DE APROBACIÓN DEL ASESOR.	I
ÍNDICE GENERAL.....	ii
RESUMEN.....	iv
Introducción	1
Capítulo I. Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente	4
Derechos Humanos del Niño, Niña y Adolescente	4
El Interés del Niño/a como Sistema de Protección Jurídica en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)	6
El Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente y su relación con el Interés del Niño/a/a y del Adolescente	10
Conformación del Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente	14
Capítulo II. Los Derechos Procesales del Adolescente en conflicto con la Ley Penal	17
El Adolescente como Sujeto de Derechos	17
Derechos procesales del adolescente en conflicto con la ley penal.	19
Capítulo III. La Privación de Libertad en el marco del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente y su comparación con el Sistema aplicable a los Adultos	23
Delitos que Admiten Privación de Libertad en el Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente	23
Comparativa entre el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente y el Sistema Penal de Adulto aplicado en Venezuela	26
Capítulo IV. Las Medidas Cautelares en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente	31
Definición de las Medidas Cautelares	31
Características de las medidas cautelares en la LOPNNA (2007).	34
Necesidad de la aplicación de Medidas Cautelares Privativas de Libertad	35

La medida cautelar privativa de libertad en los delitos Graves. 38

Capítulo V. La Sanción de Privación de libertad y su carácter socioeducativo en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente 45

El Sistema Sancionatorio de la LOPNNA 45

Alcance de los contenidos de las sanciones previstas en la LOPNNA (2007). 48

La Privación de Libertad en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente y su relación con delitos graves 51

Pautas para la aplicación del Plan Individual en los Delitos que Admiten Privación de Libertad 57

El programa de atención desde una perspectiva humanista en la medida de privación de libertad. 62

Conclusiones y Recomendaciones 67

Conclusiones 67

Recomendaciones 71

REFERENCIAS 74

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN EL MARCO DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

Autor: Garanton, Juan
Tutor-Asesor: Nelly, Mata
Fecha: 23-01-2012

RESUMEN

El presente trabajo de grado se enmarca dentro de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA). Siendo el objetivo general analizar la privación de libertad en el sistema de responsabilidad penal del adolescente. El sustento teórico tiene su basamento en el Artículo 628 de la LOPNNA, en el cual se contempla la posibilidad de la privación de libertad en caso de la comisión de delitos graves. Su aplicación al adolescente en conflicto tiene una finalidad primordialmente educativa. Sin embargo, en su ejecución, se han observado dificultades de interpretación, y se procede a su modificación y sustitución sin verificar los alcances y efectos de la medida y el plan individual. Ni el sancionado, ni el juez deben perder de vista este hecho. En ningún momento, se debe olvidar que el adolescente es un ciudadano, un protagonista de la convivencia social, con derechos y deberes, lo que hace que se confunda la finalidad de la sanción con la estrategia para lograrla, perdiendo su eficacia de resocialización y reinserción al medio familiar. Es necesario aplicar el principio del Interés Superior del Niño encaminado a la búsqueda de la solución de los conflictos del adolescente infractor incurso en la comisión de delitos graves, respetando el debido proceso del que son garantes los operadores de justicia y los intervinientes en el mismo, de cara a lograr que el adolescente asuma su responsabilidad social como un ciudadano, para beneficio propio y de la comunidad.

Descriptores: Privación de Libertad-Responsabilidad- Penal-Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

INTRODUCCIÒN

El interés superior de los niños, niñas y adolescentes (NNA) es un principio de protección jurídica en la aplicación del sistema de responsabilidad penal del adolescente, ello, debido a que supone la vigencia y satisfacción simultanea de todos sus derechos derivados del principio de progresividad para un desarrollo integral y una calidad de vida adecuada.

Por ello, una correcta aplicación del principio, en sede judicial requiere de un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad, por lo que, siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de tales derechos. La aplicación de esta regla supone la disminución de la intervención sobre la adolescencia a través de los recursos penales y la absoluta excepcionalidad de las medidas de separación del entorno familiar.

Igualmente se deben salvaguardar los derechos constitucionales del adolescente sometido a la medida de privación de libertad impuesta, debiéndosele educar sobre la importancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los terceros, teniéndose en cuenta su edad y la relevancia de promover su reintegración y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

En ese mismo orden, debe señalarse que el interés superior del niño, niña y adolescente en el ámbito penal, debe regir en todo caso y tiene que garantizar al adolescente un debido proceso adecuado a su edad y madurez. Con un trato justo, el cual debe comenzar con el reconocimiento básico de que la persona adolescente imputada de haber infringido la ley tiene derecho a una protección especial y a las debidas garantías procesales. Este principio implica la individualización de la persona

adolescente con una precisa determinación de sus características y necesidades personales, de manera que, tanto los actos procesales como las medidas y sanciones impuestas, sean ajustados a tales características y necesidades.

Sin embargo, se evidencia en la aplicación de estas medidas dificultades de interpretación, la sanción impuesta al adolescente debe ser vista penalmente y no desde la mirada social, estas premisas, ni el sancionado, ni el juez deben perderlas de vista, ya que el adolescente es un ciudadano, un protagonista de la convivencia social, con derechos y deberes, entre los que se destacan el deber de respetar el derecho a la vida, a la integridad física, a la propiedad, a la libertad sexual y personal de los integrantes de su comunidad, lo que origina que se confunda la finalidad de la sanción con la estrategia para lograrla, perdiendo su eficacia de resocialización en el tiempo.

Por otra parte, se observan retardos en cuanto a la detención preventiva del adolescente, lo que origina una desmejora del derecho fundamental a ser juzgado dentro de un plazo razonable y de ser así, debe ser puesto en libertad condicional tomándose las medidas necesarias para que comparezca en el juicio. Por lo que, la justicia penal juvenil necesita estar encaminada a la búsqueda de la solución de los conflictos, respetando el debido proceso del que son garantes no solo ellos sino las partes envueltas en los mismos, de cara a lograr la reinserción del adolescente a la sociedad, sin desmedro de perseguir y sancionarle por el hecho punible cometido.

Desde esta perspectiva, surge la inquietud por realizar el presente trabajo de grado sobre La Privación de Libertad en el marco del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, desarrollado en la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente (LOPNNA, 2007). Siendo el propósito de la investigación el de suministrar un adecuado y oportuno conocimiento sobre la privación de libertad del adolescente con motivo de la comisión de los delitos previstos en el artículo 628 literal a de la mencionada ley y la aplicación de medidas de carácter socioeducativo, lo cual debe ser coherente con su especial situación de persona en formación.

La finalidad educativa se alcanza en la medida que se logre el desarrollo pleno de las capacidades del adolescente, y el indicador de ese desarrollo es la superación

de las carencias detectadas, el deseo firme del adolescente de vivir de acuerdo a las normas, de asumir su responsabilidad social como todo un ciudadano y que él se encuentre en posesión de las herramientas idóneas y suficientes para hacerlo.

La importancia de la investigación es la de dar a conocer que el adolescente que ha sido sancionado por delitos graves, tiene derecho a un debido proceso que lo reconozca como sujeto social. Es así como los adolescentes deben ser informados, bien sea por los jueces, por sus defensores, o por algún programa específico, de los derechos que les asisten durante el cumplimiento de su sanción y de la forma de hacerlos valer, así, se completaría de forma ideal, con el fomento y arraigo de una cultura de respeto a los derechos humanos, entre todos los integrantes del sistema de responsabilidad penal.

La estrategia metodológica utilizada es la investigación documental con un nivel descriptivo, asimismo presenta un carácter jurídico, porque se concatenan el contenido del trabajo de grado, con las normas para interpretar el derecho objetivo, formal.

El ordenamiento y estructuración de la Investigación, se divide en cinco (5) capítulos; en el Capítulo I se analiza el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente; en el Capítulo II, los Derechos Procesales del Adolescente en conflicto con la Ley Penal; en el Capitulo III, se analiza La Privación de Libertad en el marco del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente y su comparación con el Sistema aplicable a los Adultos; en el Capitulo IV, las Medidas Cautelares en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente; en el Capítulo V se analiza la Sanción de Privación de libertad y su carácter socioeducativo en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente; luego las Conclusiones y Recomendaciones por último las Referencias.

CAPÌTULO I

SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE

Derechos Humanos del Niño, Niña y Adolescente

En la consolidación del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999), la protección jurídica especial sobre los sectores sociales más vulnerables representa un objetivo esencial. Por ello, existe un desarrollo de derechos y garantías para que todos tengan acceso a la justicia sin que medien privilegios derivados de la condición socioeconómica, racial, política, religiosa o de género y así hacer posible que la igualdad formal ante la ley sea también igualdad material ante la sociedad.

En este marco normativo, necesario es destacar como uno de los avances más significativos en materia de justicia, la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), en el marco de la cual se moderniza el sistema procesal en términos de celeridad, inmediatez y eficacia, aborda aspectos sustantivos del Derecho de la infancia y de la adolescencia que la ubican a la vanguardia en materia de Derechos Humanos.

La LOPNNA profundiza los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, en concordancia con las disposiciones afines de otros importantes textos: la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 25.2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 24, 10.2.b, 10.3 y 14.4), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. VII) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 4.5, 5.5, 13.4 y 17.5).

De ese compendio de instrumentos, emanan los principios de la LOPNNA, como el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la igualdad y no discriminación, la corresponsabilidad, la igualdad de género, la participación en la sociedad, la prioridad absoluta, el derecho a opinar y ser oído; al igual que instituciones como la adopción, la responsabilidad de crianza, el régimen de convivencia familiar y la obligación de manutención.

De acuerdo a lo anterior la ley in comento preconiza un nuevo modelo de protección que asegura que los niños, niñas y adolescentes sean ahora reconocidos como sujetos de derecho y ciudadanos, en armonía con el artículo 78 constitucional, en aras de una justicia transparente y expedita al pasar de la Ley Tutelar del Menor a la LOPNNA. Así se proscribe el trato que desde la derogada ley se le proporcionaba, teniéndosele como objeto de tutela.

Desarrolla la LOPNNA, además de un sistema de protección, un sistema penal, a través del cual se procura determinar la responsabilidad del adolescente en los hechos típicos en los que incurra, concibiéndose dicho modelo con carácter garantista, en concordancia o relación con el desarrollado en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2009).

Se diferencia el procedimiento penal desarrollado en la LOPNNA, del desarrollado en la derogada Ley Tutelar de Menores, porque bajo la vigencia de este último, los autores de infracción contemplada en la norma penal, estaban sometidos a un sistema dentro del cual no contaban con la posibilidad de participar en forma activa en el proceso que se iniciaba en su contra, ni con la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa porque no se permitía la participación efectiva de un abogado defensor, no existía la figura de la Defensa Pública para adolescentes, y la intervención del profesional del derecho en esta área se limitaba a determinadas actuaciones que no se relacionaban directamente con la comprobación del hecho.

El nuevo procedimiento se caracteriza por su corte acusatorio, y desde esa perspectiva, contempla como base fundamental de su desarrollo, el respeto al debido proceso, y en general a los derechos inherentes a las personas, en especial, a quienes incurran en la comisión de un hecho punible, quienes se denominan de ahora en adelante adolescentes, por cuanto es a este sector de la población a la cual se dirige la aplicación del sistema, siendo excluidos los niños y niñas, quienes en todo caso deberán ser objeto de medidas de protección.

Hay que evitar a pesar de la claridad teórico-conceptual de las disposiciones sobre la justicia penal juvenil, que los operadores de justicia: jueces, abogados, defensores, fiscales, trabajen con el paradigma de la situación irregular, secuela del

pasado y el cual está en abierta contraposición con los Derechos Humanos y sin duda, en total detrimento de la doctrina de la protección integral y del principio mayor: el interés superior. Sobre el particular, Márquez (2007), considera que:

> Lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la LOPNNA así como en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos relacionados con niños y adolescentes; lleva a determinar que el país viene cumpliendo con los compromisos asumidos con la CIDN, en aras de reformar todo el estamento legal que se refiere a niños, niñas y adolescentes. Esto es lo que lleva a señalar que existe un respeto de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes (p.55).

De esta forma, se verifica el reconocimiento de los derechos humanos del adolescente autor o partícipe de un hecho punible, como fundamento del respeto a la dignidad que le es consustancial y con las garantías penales, procesales y de ejecución de que gozan las personas adultas, además de las garantías particulares que derivan de su condición de niño, niña o adolescente, y que sólo procede la privación de libertad en casos excepcionales, debiendo establecer el ordenamiento jurídico que rige tan especial materia la posibilidad de aplicar sanciones alternativas de tipo pedagógico y educativa.

El Interés del Niño/a como Sistema de Protección Jurídica en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)

En la CBRV, (1999), se consagra en su artículo 78 los derechos de los Niño/a y Adolescentes, y se declara que éstos son sujetos plenos de derechos, lo que implica en primer término, que los niños y adolescentes son titulares de todos los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico del país a favor de las personas, además de los que le corresponden por su condición específica de personas en desarrollo.

En segundo lugar, debe reconocerse a los niño/as y adolescentes capacidad jurídica, de manera progresiva y conforme a su desarrollo, para ejercer personalmente sus derechos y garantías, así como para cumplir con sus deberes y responsabilidades, se señala en el Artículo 78, de la CRBV:

> Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y un ente rector nacional dirigirá las políticas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes (p.37).

De acuerdo a lo anterior, los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República.

El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta el interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan se promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

Por su parte, en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA, 2007), se determina que el interés superior del niño aplicado a una situación concreta se debe apreciar:

(a) La opinión de los niños y adolescentes; (b) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños o adolescentes y sus deberes; (c) la necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño o adolescente; (d) la necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño o adolescente; (e) la condición específica de los niños y adolescentes como personas en desarrollo (p.1).

Se puede decir, que la aplicación del Interés Superior del Niño, se realiza cuando existe conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, por lo que siempre prevalecerán los primeros. Así, en el artículo 8, de la LOPNNA se señala:

El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías (p.1).

El articulado señalado, viene a excluir y no a limitar la libertad de establecer y perseguir fines individuales, pues cuando se trata de la protección y cuidado de los niños se persiguen fines que van más allá de los personales. Así, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el del niño, porque a las necesidades de éste subviene la tutela jurídica con la cual se obtiene el fin superior de la comunidad social.

También, este concepto, constituye un principio de interpretación del derecho de menores, estructurado bajo la forma de un concepto jurídico indeterminado, el cual resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforme

con el espíritu, propósito y razón de la norma. Al respecto, Cornieles (2007), señala que:

> El concepto jurídico indeterminado interés superior del niño se conecta con uno de los principios de carácter excepcional, junto al de cooperación de la colectividad hacia metas de integración, que tipifica el Derecho de Menores y le diferencian de las restantes ramas de la Ciencia del Derecho, cual es el principio eminentemente tuitivo, en el que reside la esencia misma de su existir (p. 199).

Esta valoración parte de una situación de hecho determinada, la que la prueba le ofrece, pero su estimación jurídica la hace desde el concepto legal y es, por tanto, una aplicación de la Ley. El interés superior del niño, en tanto concepto jurídico indeterminado, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento.

De acuerdo a lo anterior, el interés superior del niño se debe interpretar, como todas aquellas medidas que se tomen en relación con las personas que no hayan alcanzado la mayoridad, a quienes se les debe considerar su opinión, así como equilibrar sus derechos y deberes y cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Así las cosas, se trata del interés que la propia ley tutela, la cual debe aplicarse en forma adecuada y razonable respetando el sistema constitucional y legal, por lo que consecuencialmente, se debe ser muy cuidadoso y ponderado al considerar cada caso en concreto, al invocar el interés superior del niño, y cuando dicho principio se alegue debe ser con fundamento en la Constitución y la Ley en la defensa y promoción de los derechos y garantías del adolescente en conflicto con la ley penal, es una situación en la que no se debe menoscabar los derechos reconocidos en el

ordenamiento jurídico, y todos aquellos inherentes a la persona humana, aunque no figuren expresamente en la ley.

El Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente y su relación con el Interés del Niño/a y del Adolescente

El Sistema Penal de Responsabilidad es un conjunto de órganos y entidades que se encargan del establecimiento de la responsabilidad de los adolescentes por los hechos punibles en los cuales incurra, así como de la aplicación y control de las sanciones correspondientes, el cual se construyó atendiendo, estrictamente, los mandatos de los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño y a los planteamientos teóricos anteriormente expuestos sobre el interés superior del niño/a. En atención a lo antes planteado, señala Álvarez (2007) que

> El sistema penal, consagra el derecho a la integridad personal, proscribiendo las torturas y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es más, se tipifican los delitos de tortura y trato cruel, en los cuales puede incurrir el funcionario público que ejecute contra algún niño/a o adolescente actos que produzcan graves sufrimientos o dolor con el propósito de obtener información, o el que los someta a vejación física o psíquica (p.119).

Asimismo, se consagra el derecho a un trato humanitario y digno y a no ser privado de su libertad arbitraria o ilegalmente. Según, ello, la retención o privación de libertad de los niños y adolescentes se aplicará como medida de último recurso y durante el período más breve posible, teniendo el derecho al control judicial y al amparo de la privación de su libertad personal.

No obstante, lo antes planteado, es menester dejar claro, que por las razones antes esgrimidas, los niños, no podrán ser privados de libertad, por ningún concepto, dado que sólo pueden ser objeto de medidas de protección, tal como se desprende del

texto del artículo 126 de la LOPNNA, contentivos de las medidas cautelares, aplicables en el sistema de protección.

Por otra parte, el artículo 89 de la LOPNNA, al establecer el derecho a un trato humanitario y digno, completa la disposición anterior, previendo que todos los niños y adolescentes privados de libertad tienen el derecho de ser tratados con humanidad y el respeto que merece su dignidad como personas humanas. Asimismo, gozan de todos los derechos y garantías de los niños y adolescentes, además de los consagrados específicamente a su favor en la ley, salvo los restringidos por las sanciones impuestas. Como ya se señalo en la sección precedente, el procedimiento penal para la determinación de la responsabilidad del adolescente, fue concebido siguiendo el modelo del Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2009), por ello la precitada ley especial en la Exposición de Motivos expresa que:

> Con ello, además de mantenerse la uniformidad de la legislación, se reconoce al adolescente todo un sistema de garantías derivado de la concepción del proceso acusatorio, que conforme a los más acabados documentos producidos y aprobados por la comunidad organizada de naciones, constituye el marco de referencia de los derechos del ciudadano enjuiciado penalmente (p.1).

Este Sistema de responsabilidad atiende al principio de la protección integral, doctrina que establece el reconocimiento expreso de los niños y de los adolescentes como sujetos plenos de derecho. En consecuencia, considera procedente la responsabilidad social de éstos, además, procura resolver la situación irregular del estado, la sociedad y la familia, por cuanto se ocupa de superar la incapacidad para dar respuestas a las necesidades sociales del niño y del adolescente, individualmente considerado y en atención a sus características personales.

Por otra parte, este paradigma obliga a los jueces, fundamentalmente en cuanto al sistema penal, a fundamentar debidamente sus decisiones, estableciendo los hechos y circunstancias que motivan el proceso, los fundamentos de derecho que el juez estime procedentes para la calificación del acto infractor y la sanción o medidas

educativas que se le impongan al adolescente declarado culpable y por ende, responsable del hecho en cuestión. Estas medidas se aplican cuando el adolescente realiza conductas tipificadas como delito o falta, nomenclatura utilizada en el derecho penal ordinario para adultos.

Esta doctrina también establece que la imposición de sanciones debe basarse en el examen previo de los medios de pruebas aceptados por la ley. Además, éstas se establecen expresamente para las figuras típicas, pero deben ser y son fundamentales para aquellos casos que ameriten sanción corporal o privación de la libertad, por lo que no puede ser posible, ni es procedente limitar la disposición corporal por aquellos hechos que no revisten la gravedad que haga procedente tal medida.

En el desarrollo legislativo de esta doctrina la tarea del fiscal especial para el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente es la de promover la justicia, por ello, además de investigar y acusar de ser procedente, hacer prevalecer los derechos de las personas a quienes se ha privado de su libertad, fiscalizar las entidades de atención y los centros de reclusión, entre otras. Además, debe existir un proceso contradictorio con participación del juez, el fiscal y el abogado defensor, cada uno de ellos representando el rol procesal que le corresponde para garantizar el debido proceso que el estado consagra en la CRBV.

Desde la perspectiva anterior, las sanciones que se imponen a un adolescente, como el caso de la medida privativa de libertad, sólo procede cuando a éste se le declare culpable de delitos graves, tales como homicidio doloso, lesiones gravísimas dolosas, violación, robo agravado, secuestro, tráfico de drogas, robo o hurto de vehículos; o cuando fueren reincidentes o incumplieren, injustificadamente, otras sanciones que les fueran impuestas previamente como resultado de otro enjuiciamiento. Siguiendo a Barrios (2006):

> La privación de libertad se admite como sanción únicamente cuando el adolescente haya resultado culpable de hechos punibles taxativamente dispuestos que son, por regla general, los de mayor significación social, por sus resultados, por la violencia que les es intrínseca o por generalización del

fenómeno y su vinculación con el crimen organizado; o cuando fuere reincidente y para el hecho punible objeto de la nueva sanción o se prevea en la legislación ordinaria pena privativa de libertad, que en su límite máximo sea igual o mayor a cinco (5) años; o cuando incumpliere injustificadamente otra sanción que le haya sido impuesta, caso en el cual se considera su internamiento, como un presupuesto necesario para un programa socio-educativo eficaz (p.81).

Además de lo señalado, se regula el lapso máximo que puede durar la privación de libertad según la edad del adolescente, los distintos supuestos de procedencia de esta sanción y se agrega que en ningún caso podrá imponerse al adolescente un lapso de privación de libertad mayor al limite mínimo de pena establecido en la Ley penal para el hecho punible correspondiente.

Esto, sumado a que el lapso máximo por el que puede privarse de su libertad a un adolescente mayor de catorce años es de cinco (5) años, y de dos en caso de que tengan menos edad, da cuenta del absoluto respeto a la concepción de que se trata de una responsabilidad penal especialmente atenuada y que la privación de libertad como medida sancionatoria excepcional, sólo es procedente en casos muy graves y como sustrato para la aplicación de un programa acorde con el objetivo pedagógico de la sanción.

Ahora bien, este procedimiento similar al previsto para los adultos, es realizado dentro de una estructura judicial de carácter especial, atendiendo al sujeto al cual se dirige su acción, es decir, se trata pues de una justicia especializada, integrada por la Policía de Investigación, Ministerio Público y los órganos jurisdiccionales. En este sentido, la LOPNNA, contempla, que el adolescente en conflicto con la ley penal, de hallársele responsable por la falta cometida, deberá cumplir una sanción socio-educativa, es por ello que el procedimiento judicial, se fortalece con la oralidad, con el empleo, en algunos casos, de los medios alternos de resolución de conflictos, es decir, la conciliación, aceptándose la admisión de los hechos, la remisión, figuras a través de las cuales se logra en un tiempo más breve la resolución de los procesos.

Así, en concordancia con lo anterior, tanto el proceso como las medidas que se apliquen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la doctrina de la protección integral, de allí, surge su relación con el interés superior del niño, desde cuya perspectiva el proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño, debiendo así las autoridades judiciales privilegiar y orientarse por los principios de la señalada doctrina, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.

Desde la antes citada perspectiva, se proscribe la violación de derechos y garantías de los adolescentes sometidos a proceso penal; pero al mismo tiempo, no debe tenerse el interés superior del niño, como subterfugio para la impunidad. Debe recordarse que se trata de un sistema de responsabilidad.

Conformación del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente

La LOPNNA (2007), en su artículo 526 define al Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente en los siguientes términos:

> El sistema penal de responsabilidad del adolescente, es el conjunto de órganos y entidades encargados de establecer la responsabilidad penal del adolescente por los hechos punibles en los cuales incurran, así como de la aplicación y control de la sanción correspondiente (p.310).

Como puede observarse se trata de un conjunto de órganos y entidades y su finalidad es la de establecer la responsabilidad desde el punto de vista penal del adolescente, con lo cual queda establecido, su ámbito de aplicación, en cuanto a las personas, es decir, sólo se aplica a adolescentes, quienes serán los únicos a ser perseguidos por el sistema, en caso de estar incursos en hechos punibles.

Este conjunto de órganos y entidades que integran el Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente, está constituido según el Artículo 527 de la LOPNNA por:

- La Sección de Adolescente del Tribunal Penal.
- La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.
- El Ministerio Público.
- La Defensoría Pública.
- La Policía de Investigaciones.
- Programas y Entidades de Atención.

Como puede observarse, la conformación de este sistema es semejante al Sistema Judicial de Adultos, pero con la diferencia de que se trata de una Jurisdicción Especializada, con profunda preparación, por lo menos teórica, en el manejo de la problemática social de estas personas en formación que deben enfrentar, a temprana edad, los rigores de un sistema penal como resultado de su conducta, traducido en responsabilidad de esa índole, por sus actos.

Desde esa perspectiva, la LOPNNA, desarrolla una serie de principios y postulados derivados de la Doctrina de la Protección Integral, contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño/a, los cuales introducen modificaciones legislativas que garantizaran la puesta en marcha de la antes citada doctrina y sus principios.

Importante también es señalar, que desde la propia CRBV, posterior a la LOPNA hoy LOPNNA, se asume a niño/as, niñas y adolescentes, como sujetos plenos de derecho, conforme al artículo 78 de la carta magna, y prevé como mecanismo de solución de conflictos el proceso, del cual señala que constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

Desde esa perspectiva, la reforma de la LOPNNA (2007), se introduce desde el punto de vista del proceso penal, se fundamenta en aspectos de gran relevancia, entre los cuales destacan:

-Fortalecimiento de la oralidad, que implica el predominio de la oralidad sobre la escritura, la concentración y la inmediación en el procedimiento,

-Proceso por audiencias,

-Fortalecimiento de los medios alternativos a la resolución de conflictos.

-Sustitución de viejos esquemas negadores de derechos, por la imposición de un sistema garantista;

-Reconocimiento de derechos del adolescente sometido a proceso (p.23).

Esto permite la utilización del nuevo concepto funcional de la administración de justicia que prevé el Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2009) y caracteriza el proceso del adolescente dentro del marco que le es propio, un tribunal penal, pero eso si, como órgano especializado tanto a nivel de la investigación como del proceso mismo y posteriormente en la etapa de ejecución de la sanción.

Ahora bien, este sistema tal como se puede verificar, se especializa atendiendo, tal como se ha dicho a la condición de persona en desarrollo que caracteriza al adolescente, sujeto sobre el cual recae la acción del mismo; pero ello no obsta, para que el Estado, a través del Ministerio Público, inicie la investigación una vez tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible, por cualquier medio a su alcance, y de lograr suficientes elementos de convicción, formular acusación, tal como se desprende del literal (a) del artículo 561 de la LOPNNA, en concordancia con el artículo 570 eiusdem y de aplicar la sanción establecida dentro de la LOPNNA

CAPÌTULO II

LOS DERECHOS PROCESALES DEL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

El Adolescente como Sujeto de Derechos

En la actualidad se considera a los niños/as y adolescentes como sujeto pleno, lo que quiere decir en principio, que a diferencia de lo que ocurría, en tiempos pretéritos, se ha diseñado todo un andamiaje jurídico que contempla sus derechos, sus deberes y prevé procedimientos para la protección de los primeros, y establecer sanciones en caso de incumplir con los segundos.

Pero además, niños, niñas y adolescentes, son sujetos de derechos humanos, ya que se les ha reconocido ser titulares de derechos en tanto seres humanos, pero además, son beneficiarios de cierta protección especial, atendiendo a su condición de grupo vulnerable. De este modo, como se señaló precedentemente, el principio de interés superior del niño como idea rectora en el área de los derechos del niño debe ser considerado primordial en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados.

La antes señalada visión ha de tenerse en cuenta a los efectos de aplicar el procedimiento penal previsto para cuando un adolescente incurra en la comisión de un hecho punible. Desde esa perspectiva, la visión proteccionista de la legislación penal aplicable a los adolescentes, es consecuencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, producto de la cual se cambia el concepto de protección jurídica aplicable con anterioridad al grupo etáreo formado por niños, niñas y adolescentes. Al respecto, Álvarez (2007), señala que:

> Con este instrumento internacional se supera la doctrina de la situación irregular al menos formalmente para dar lugar a la doctrina de la protección integral, que conceptualiza al niño, niña y adolescente como sujeto portador de

derechos sin distinción de ningún tipo: todos los derechos para todos los niños. (p. 281).

Por lo que el niño/a y adolescente, pasa de ser objeto de tutela a ser sujeto de derechos entendiéndose por tal, la habilitación para actuar y proponer, ser sujeto de todos los derechos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Así lo reconoce el artículo 10 de la LOPNNA: "...Todos los niños y adolescentes son sujetos de derecho: en consecuencia gozan de todos los derechos y garantías consagrados a favor de las personas en el ordenamiento jurídico"... (p.9).

En el Capítulo 11 del Título II de la referida ley regula ampliamente los derechos, garantías y deberes de todos los niños y adolescentes que se encuentran en el territorio nacional sin discriminación alguna. Incluyen todos aquellos derechos que son necesarios para asegurar su desarrollo integral, así como su incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

Dentro de los derechos consagrados expresamente se encuentran, entre otros: derecho a la vida; derecho a un nombre; a una nacionalidad; a la identidad y a ser inscrito en el registro civil; derecho a conocer a sus padres, a ser cuidado y a mantener relaciones personales y contacto con ellos; derecho a ser criado en una familia; derecho al libre desarrollo de la personalidad; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho a un nivel de vida adecuado; derecho a la integridad y a la libertad personal; derecho a la salud; derecho a la educación; derecho a la seguridad social; derecho al descanso, recreación, esparcimiento, deporte y juego,- derecho a la libertad de expresión, al debido proceso entre otros.

Obsérvese que este último derecho, aunque previsible en todo proceso, sea de carácter judicial o administrativo, tal como lo señala el artículo 49 constitucional, adquiere mayor connotación, cuando se refieren particularmente a los adolescentes en conflicto con la ley penal, por la trascendencia que un procedimiento como ese alcanza y los efectos con relación a la persona.

Ahora bien, el hecho de reconocer que los niños y adolescentes son sujetos de derechos, obliga a crear vías efectivas para garantizarlos, razón por la cual se ha

contemplado para el caso de que adolescentes cometan delitos o faltas previstas en el Código Penal (CP) u otras leyes, una estructura capaz de establecer la responsabilidad del adolescente por los hechos punibles en los que incurran y para la aplicación y control de las sanciones correspondientes. El Sistema de Protección se destina a los niños y adolescentes que son víctimas, es decir aquellos a quienes se amenaza o violan derechos, al paso que el Sistema Penal, se destina a los victimarios, es decir, a los que violan los derechos de los demás.

Derechos procesales del adolescente en conflicto con la ley penal.

En la LOPNNA, se reconoce al adolescente todo un sistema de derechos y garantías derivados de la concepción del proceso acusatorio, que conforme a los más acabados documentos producidos y aprobados por la comunidad organizada de naciones, constituye el marco de referencia de los derechos del ciudadano enjuiciado penalmente.

Es así como, se convierte las necesidades de niños y adolescentes en derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, así como garantiza para los adolescentes en conflicto con la ley penal, una justicia que respete los mismos derechos procesales consagrados para los adultos. La doctrina de la protección integral del niño descansa sobre dos principios fundamentales: el principio del interés superior del niño y el principio de la prioridad absoluta. El primero está consagrado en el artículo 8 de la LOPNA, como ya se estudio. El principio de la prioridad absoluta está contenido en el artículo 7, que señala textualmente:

> El Estado, la familia y la sociedad, deben asegurar con Prioridad Absoluta, todos los derechos y garantías de los niños y adolescentes. La Prioridad Absoluta es imperativa para todos y comprende:
>
> Especial preferencia y atención de los niños y adolescentes en la formulación y ejecución de todas las políticas públicas; asignación privilegiada y preferente, en el presupuesto, de los recursos públicos para las áreas

relacionadas con los derechos y garantías de los niños y adolescentes y para las políticas y programas de protección integral al niño y adolescente; precedencia de los niños y adolescentes en el acceso y la atención a los servicios públicos; primacía de los niños y adolescentes en la protección y socorro en cualquier circunstancia (p.3).

Es el antes citado principio, derivado de la Convenciòn sobre los Derechos del Niño, el que determine que a los adolescentes incursos en la comisión de hechos punibles se les reconozca una serie de derechos procesales, además de aquellos que le son inherentes por su condición de ser persona y los específicos por el hecho de hallarse en etapa adolescencial.

Como sujetos de derecho, los niños y adolescentes gozan de todos los derechos y garantías procesales consagrados a favor de las personas, en el ordenamiento jurídico, los cuales tienen un carácter enunciativo, reconociéndoseles, por lo tanto, todos los derechos y garantías inherentes a la persona humana que no figuren expresamente en el ordenamiento jurídico. Así las cosas esos derechos son: (a) de orden jurídico; (b) intransigibles; (c) Irrenunciables; (d) interdependientes entre si; (e) indivisibles.

A los niños y adolescentes se les reconoce el ejercicio personal de sus derechos y garantías, de manera progresiva y conforme a su capacidad evolutiva, tal como lo prevé el artículo 13 de la LOPNNA, dispositivo que establece, en su parágrafo primero, que los padres, representantes o responsables tienen el deber y el derecho de orientar a los niños y adolescentes en el ejercicio progresivo de sus derechos y garantías, así como en el cumplimiento de sus deberes, de forma que contribuya a su desarrollo integral y su incorporación a la ciudadanía activa.

Ahora bien, este procedimiento similar al previsto para los adultos, es realizado dentro de una estructura judicial del y para el adolescente, donde se consagra expresamente como principios, derechos y garantías fundamentales en la LOPNNA:

-La legalidad del delito, de la sanción, del procedimiento y de la ejecución (artículos 529 y 530), con lo cual se reducen los márgenes de la discrecionalidad del juez.

- La dignidad, igualdad ante la ley, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 538).

- La proporcionalidad. Las sanciones deben ser racionales, en proporción a hecho y a sus consecuencias (artículo 539).

- La presunción de inocencia (artículo 540).

- De ser informado de los motivos de la investigación y de la autoridad responsable de la misma, del derecho a no incriminarse y a solicitar la presencia inmediata de sus padres, representantes, o responsables y su defensor (artículo 541).

- A ser oído en la investigación, en el juicio y durante la ejecución (artículo 542).

- A un juicio educativo, es decir, a ser informado sobre cada una de los actuaciones procesales, así como del contenido y de las razones legales y ético-sociales de las decisiones que se produzcan (artículo 543).

- A la defensa, desde el inicio de la investigación, hasta el cumplimiento de la sanción impuesta. A falta de defensor privado, de tener la asistencia de un defensor público especializado (artículo 544).

- Al debido proceso, adoptando todos los principios de la Convención. Además de los ya mencionados principios de la legalidad, humanidad, inviolabilidad de la defensa, se adoptan también la jurisdiccionalidad, el contradictorio y la impugnación (artículo 546).

En otras palabras, el adolescente que cometa una infracción a la ley penal tiene los mismos derechos y garantías previstas para los adultos, más aquellos inherentes a su especial condición, tales como la reserva de su identidad y la confidencialidad de las actas del proceso (artículo 545). Según la ley el proceso penal de adolescentes es oral, reservado, rápido y ante un tribunal especializado.

- La excepcionalidad de la privación de libertad, tanto en la fase procesal (artículo 548), como cuando ésta constituye una sanción definitiva (artículo 628).

- La separación respecto de los adultos, cuando el adolescente esté en prisión preventiva o cumpliendo sanción privativa de libertad (artículo 549).

- La previsión de una amplia gama de medidas educativas que permiten dar respuestas diferenciadas, según el tipo de infracción y a la edad del infractor (artículo 620).

- El control judicial de las medidas impuestas al adolescente, para garantizar sus derechos, así como los objetivos que se atribuyen a la sanción (artículo 646).

El adolescente que incurra en la comisión de delitos responde por el hecho punible cometido en la medida de su culpabilidad, en forma diferenciada del adulto (Art. 528).

Todos estos derechos, deben ser respetados a lo largo del proceso, desde la fase de investigación hasta la culminación del mismo. En caso de producirse una sentencia condenatoria, deben observarse los derechos inherentes a esta fase. En la ejecución de la sentencia, las medidas acodadas pueden ser sustituidas o modificadas o revocadas por el jurisdiccional competente que las impuso, cuando este órgano considere que de conformidad con las previsiones del literal e) del artículo 647 de la LOPNNA, sea procedente.

De lo expuesto se concluye que el juzgador de uno o más adolescentes, deberá dictar y razonar el juicio atendiendo a estos derechos procesales en la garantía constitucional del debido proceso. La. LOPNNA, garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso de los niños, niñas y adolescentes, con fundamento en el nuevo ordenamiento jurídico constitucional en materia procesal y sobre el Sistema de Justicia, y es en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, en el marco del cual debe observarse con sumo cuidado su observancia, a fin de evitar, abusos en la persecución de la cual es objeto el señalado como autor o partícipe en la comisión del hecho.

CAPÌTULO III

LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN EL MARCO DEL SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE Y SU COMPARACIÒN CON EL SISTEMA APLICABLE A LOS ADULTOS

Delitos que Admiten Privación de Libertad en el Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente

Durante la vigencia de la Doctrina de la Situación Irregular se utilizaba el término menor de edad, para considerar a toda persona que no hubiese alcanzado la condición de adulto quien estaba dotado de facultades para ejercer derechos y asumir con todas sus consecuencias, sus obligaciones, por ello cuando los menores incurrían en hechos delictivos se les denominaba infractores y se les consideraba en situación irregular.

Bajo el imperio de la citada doctrina, se les privaba constantemente de la libertad, y se les violaba los derechos que les correspondía como ciudadanos, sobre todo, porque no se les garantizaba el acceso a la justicia y el debido proceso, y porque los jueces, aplicaban las medidas y sanciones, sin necesidad de justificarlas.

En efecto, independientemente del hecho en el cual se incurría, incluso, aún no habiendo cometido delito, los jueces y el sistema en si, se fundamentaban en la privación de libertad, mediante la colocación de los menores de edad, en centros dependientes del Instituto Nacional del Menor (INAM) el órgano administrativo encargado de la atención del menor en aquel tiempo.

Esta situación condujo a la búsqueda de una salida que garantizara a los niños, niñas y adolescentes, un trato digno y se le respetaran sus derechos, por su condición de ser personas. Un sistema sin justificación de las decisiones también era instrumento fácil, para lograr la impunidad de los delitos, e incluso para cometer marcadas injusticias. En este orden de ideas, Sandoval (2009), expresa que:

> Contrario a una responsabilidad por debajo de la edad de dieciocho (18) años que hasta abril del año 2000, hacia totalmente inimputable al adolescente menor de edad; pero al enfrentar la realidad socio-delictual de los jóvenes en Venezuela, se descubre una grave situación de impunidad para éstos, quienes eran a veces casi adultos, que atentaban gravemente contra los derechos de los demás ciudadanos y sabiéndose irresponsables desde el punto de vista penal, llegaban al colmo de asumir, en cualquier, caso, la totalidad de la responsabilidad para encubrir a los adultos, mayores de dieciocho años, quienes si tendrán que responder por sus actos delictuales (p.81) .

Surge de ese modo la Convención sobre los Derechos del Niño, firmada por la mayoría de los países del mundo en 1989, la cual va a dar origen a la doctrina de la protección integral, punto de partida para el diseño de un nuevo sistema penal, caracterizado por una serie de principios e instituciones de corte acusatorio y garantista producto del cual se deroga el viejo sistema de la irregularidad, para dar paso a toda una estructura, a través de la cual, en el marco de la garantía de los derechos del perseguido penal, se procura establecer la verdad, y de resultar la responsabilidad del adolescente, imponerle una sanción y observar el eficaz cumplimiento de la misma.

Observar las debidas garantías y las características propias del sistema acusatorio, implica investigar, de ser procedente formular acusación, admitir o desechar la misma, de ser admitida juzgar al adolescente, someterlo a medidas cautelares previas de ser necesarias, algunas privativas o no de libertad, y sancionarlo de encontrarlo responsable, con cualquiera de las medidas contempladas en el artículo 620 de la LOPNNA, referido a los tipos de medidas aplicables.

Ahora bien, este nuevo sistema no habla de menor infractor, sino de adolescente incurso en la comisión de hechos punibles, y a diferencia del viejo esquema penal prevé la aplicación de sanciones menos y más graves, atendiendo a la magnitud del delito cometido. Dentro de las medidas cautelares y sanciones graves,

están aquellas que prevén la privación de libertad, concebido como último recurso y de aplicación restrictiva, y cuya aplicación procede sólo frente a hechos que como se ha indicado antes están contemplados en el literal (a) del Parágrafo Segundo del artículo 628 de la LOPNNA.

Así las cosas, para aplicar las medidas cautelares, se requiere la existencia de elementos de suma gravedad que conduzcan a su ineludible procedencia, y en cuanto a la sanción de privación de libertad, se exige no sólo cometer hechos graves, sino que quede absolutamente establecida la responsabilidad del adolescente.

Al respecto, Serrano (2001), sostiene que: "la imposición de sanciones debe basarse en el examen previo de los medios de prueba aceptados por la ley" (p.72). La ley prevé la aplicación de sanciones para el caso del establecimiento de la responsabilidad del perseguido penal, para las figuras típicas que ameriten pena corporal de privación de libertad como lo es el homicidio, por lo que, la conducta típica, antijurídica y culpable constitutiva de este delito que no sea meritorio de una pena de esa índole, de ninguna manera puede servir de fundamento o excusa para una decisión que pretenda u ordene imponer a un adolescente una sanción de ese tipo. Señala Funes (2006), lo siguiente:

> Las sanciones que le imponen a un adolescente pena privativa de libertad, solo proceden cuando a éste se le declare culpable de lesiones gravísimas dolosas, violación, robo agravado, secuestro, tráfico de drogas, robo o hurto de vehículos, o cuando fueren reincidentes o incumplieren injustificadamente, otras sanciones que les fueran impuestas previamente como resultado de otro enjuiciamiento (p. 123).

Como puede observarse, el tratamiento penal de la persona que no ha alcanzado la mayoridad, ha pasado desde un periodo de persecución carente de principios y violatorio de derechos, sin distinguir entre niños y adolescentes, hasta pasar a un régimen garantista, aplicable sólo a estos últimos, quienes podrían ser objeto de medidas cautelares y sanciones privativas o no de libertad; pero estas últimas se

aplicarán solo en casos excepcionales, como último recurso y en caso de delitos graves, con lo cual se abandonan los criterios de la vieja doctrina de la situación irregular.

Se verifica entonces, que se deja de lado el eufemismo, de negar la posibilidad de hacer responsable a los adolescentes por la comisión de hechos punibles, y se admite que los mismos pueden y cometen delitos, que pueden ser juzgados por ellos y que de tratarse de delitos graves, podrá ser objeto de no sólo de medidas cautelares a lo largo del proceso, sino de una sanción privativa de libertad.

Comparativa entre el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente y el Sistema Penal de Adulto aplicado en Venezuela

Como puede observarse el legislador de la LOPPNA ha previsto una serie de delitos que de comprobarse su comisión por parte de un adolescente, podrá ser objeto de sanción privativa de libertad, tal como se desprende de la previsión del artículo 628 de la citada Ley, como consecuencia de constituir uno de los hechos fundamentales repudiados por la sociedad, por la connotación que reviste.

Es un hecho notorio que la privación de la libertad a través de los años y desde su creación ha servido como medio para expiar la culpa, antiguamente fue considerada como la retribución al daño causado o forma como se purgaba la culpa, en atención a la vieja tesis sustentada por la doctrina de la teoría retribucionista del castigo penal.

En el presente, se ha estilizado su concepto, a decir de Fernández (2009), quien establece que la privación judicial preventiva de la libertad, es la medida de coerción personal más trascendente, y que su aplicación tiene carácter excepcional, en el sentido que sólo procede cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso.

Dentro del sistema penal venezolano se establece como norma rectora el derecho a la libertad, de allí que el artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), establece lo siguiente: "Las disposiciones de este Código que autorizan

preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado, o su ejercicio, tienen carácter excepcional...", puntualización normativa que coincide en igualdad de condiciones con la CRBV, cuando establece ésta en su Artículo 44: "La libertad personal es inviolable, en consecuencia, será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso".

En consideración a lo mencionado, es menester recordar que si para el adulto se atribuye en el COPP, restricciones en cuanto al procedimiento en relación a la privación de la libertad, de igual forma, o en razón del interés superior del niño, en cuanto al adolescente que ha incurrido en un hecho típico, el artículo 37 de la LOPNNA, establece igualmente que: "Todos los niños y adolescentes tienen derecho a la libertad personal...no pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente..." (p.21), en este sentido, específico de la privación preventiva, la ley regula las circunstancias en las cuales, una persona que no ha alcanzado la mayoridad podría ser privada de la libertad o bien aplicarle ciertas medidas cautelares que le sustituyan.

En este mismo sentido, se establecen los casos en los cuales se puede acordar la privación Judicial Preventiva de la Libertad en materia de adolescentes, de conformidad con lo contemplado en los artículos 557,558, 559, determinándose que sólo es factible en tres oportunidades o momentos: (a) En caso de sorpresa en flagrancia, (b) Con fines de identificación, que específicamente obedece a las dudas que se tengan sobre la identificación de un adolescente, del cual se presume cometió un hecho punible, y (c) Con el fin de asegurar la comparecencia a la audiencia preliminar de un adolescente identificado y sobre el cual existen evidencias de que no ha podido ser ubicado.

En lo relativo a la Ejecución de la Sentencia, la LOPNNA (2007), observa un mejor desarrollo que el COPP aunque, en el aspecto procedimental, adolezca de sus mismas carencias. Tanto en la LOPNNA como en el COPP la ejecución constituye la última fase del proceso, y en ambos, dicha fase está sometida al control judicial, pero la ley lo dice de forma expresa el Juez de ejecución es el encargado de controlar el cumplimiento de las medidas impuestas al adolescente (artículo 647).

Sandoval (2002), señala que en la ley el objetivo de la fase de ejecución "es lograr el pleno desarrollo de las capacidades del adolescente y la adecuada convivencia con su familia y con su entorno social (p. 64). Además, las disposiciones de la LOPNNA, favorecen, mucho más que las del COPP, que en dicha fase se concrete la garantía de que las sanciones alcancen sus objetivos y se cumplan de acuerdo con la ley. Es más, el artículo 646, in fine atribuye expresamente al juez, la competencia de controlar el cumplimiento de dichos objetivos. Como ejemplo de la anterior afirmación señala Sánchez (2008), que:

> La determinación de las condiciones en que se debe cumplir la sanción impuesta, en la LOPNNA, contiene todo un conjunto de normas reguladoras de tales condiciones, que se refieren a los locales de internamiento, al régimen de vida que allí se desarrolla, al perfil del personal que debe trabajar en las instituciones, a los aspectos que debe contemplar el reglamento interno de cada institución, al registro de los adolescentes admitidos, a su expediente personal y a las condiciones de cumplimiento de las medidas no privativas de libertad (p. 287)

Por otra parte refiere Sánchez (2002), que cuando se compara las competencias del juez de ejecución en el COPP y en la LOPNNA, se encuentra que: "La LOPNNA revela mayor apego a la técnica legislativa, lo cual redunda en una interpretación más fácil, evitando así las engorrosas discusiones que se han generado alrededor del COPP"(p.39).

Por otra parte, la mejor técnica legislativa de la LOPNNA, se manifiesta a través de su redacción sistemática, clara y precisa. Obsérvese que el artículo 479 del COPP se denomina competencia, pero éstas no se agotan allí, sino que están diluidas en todo el articulado del Libro Quinto. Asimismo, la competencia general del juez de ejecución de adultos se encuentra confundida con sus atribuciones específicas, puesto que se ubica en el numeral 1 del artículo 479.

Mientras, la LOPNNA, concentra en dos (2) artículos sucesivos todo lo relativo a las competencias del juez de ejecución de los adolescentes: el artículo 646 que contiene el mandato general el juez de ejecución tiene competencia para resolver las cuestiones o incidencias que se susciten durante la ejecución y para controlar el

cumplimiento de los objetivos fijados por esta ley y el artículo 647 que presenta un listado de las atribuciones que ejercerá para cumplir lo anterior.

Así, en el hecho de ejecutar medidas y no penas, existe la diferencia entre las competencias y la actuación de un juez de ejecución de adolescentes y un juez de ejecución de adultos. Es así como el juez de ejecución del adolescente debe revisar la medida, por lo menos cada seis meses literal (e) del artículo 647). De la revisión puede resultar la modificación o sustitución de la sanción por otra menos gravosa, para adecuarla a la evolución del caso. Por ejemplo, el juez puede sustituir, en el curso de la ejecución, la medida privativa de libertad por la libertad asistida, si considera que es más adecuada para coadyuvar al desarrollo integral del adolescente.

El juez de ejecución de adultos no puede cambiar las penas, mientras las cumple el condenado, sólo puede conceder los beneficios previstos en el propio COPP, en la Ley de Régimen Penitenciario y en la Ley de Redención de las Penas por el Trabajo y el Estudio (numeral 2 del artículo 472, eiusdem), que tienen como único efecto disminuir el tiempo de permanencia del condenado en prisión.

La atribución contenida en el literal (c) del artículo 647 es exclusiva, por lo menos en la legislación patria, del juez de ejecución de adolescentes. Se trata del control del plan individual, previsto en el artículo 633 de la LOPNNA, considerado como el punto de partida de la ejecución de la sanción privativa de libertad, y como una de las estrategias fundamentales para el logro de sus objetivos. Específica Bustos (2001), que dicho plan se formula en los treinta (30) primeros días de permanencia del adolescente en el centro de internación y con su participación, transformándolo, así, en el protagonista de su propio cambio.

Se basará en los factores (biopsicosociales) y carencias (educativas, familiares, entre otros) que incidieron en su conducta, con la finalidad de superarlas. El plan se diseñará estableciendo las metas concretas a alcanzar por el adolescente, fijándose el lapso para cumplirlas. Evidentemente, este plan no puede conculcar derechos del adolescente y precisamente para garantizar que esto no suceda, está el juez de ejecución.

En cuanto, al juez de ejecución, de acuerdo con lo dispuesto en el literal (g) del artículo 647 de la LOPNNA, es competente para ejercer un control sobre las facultades disciplinarias de la administración, puesto que ante él, el adolescente puede impugnar las sanciones disciplinarias que le sean impuestas por las autoridades de la institución donde esté recluido. El COPP, no atribuye semejante competencia al juez de ejecución de adultos, pero, como se vio anteriormente, sí lo hace la Ley de Régimen Penitenciario (LRP), el COPP no incluye de manera expresa, entre las competencias del juez de ejecución la de salvaguardar dichos derechos, sino que esta atribución le fue conferida de manera clara e inequívoca por la Ley de Régimen Penitenciario reformada en el año 2000. En cambio en opinión de Reyna (2003), la LOPNNA, establece expresamente que:

> Es atribución del juez de ejecución controlar que la ejecución de cualquier medida no restrinja derechos fundamentales que no se encuentren fijados en la sentencia condenatoria artículo 647, (b) y velar porque no se vulneren los derechos del adolescente durante el cumplimiento de las medidas, especialmente en el caso de las privativas de libertad artículo 647 (d). (p. 367).

En consecuencia, la ley va más allá, al ofrecer un expreso, detallado y minucioso listado de los derechos de los que son sujetos los adolescentes en conflicto con la ley penal como son los: (a) Los fundamentales, inherentes a la persona humana, reconocidos en Convenios y Pactos Internacionales, consagrados en la Constitución a favor de todas las personas de cualquier edad y que no se pierden por efectos de la condena; (b) los reconocidos en la LOPNNA, a favor de todos los niños y adolescentes, que tampoco se pierden por la sentencia condenatoria; (c) los derechos que se derivan de su condición de sancionados, que se corresponden con las obligaciones del Estado y que están vinculados al régimen a que son sometidos los adolescentes, mientras cumplen las sanciones.

CAPÌTULO IV

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE

Definición de las Medidas Cautelares

Las medidas cautelares son aquellos actos que tienden al aseguramiento de lo que pretenden las partes dentro del proceso, y es por ello que puede afirmarse que su objeto es garantizar la ejecución del fallo definitivo. García de Enterría (2003), reseña que "Las medidas cautelares son el mecanismo mediante el cual pueden anticiparse de manera provisional a los efectos de la sentencia definitiva para prevenir los daños que pueden generarse por su retraso" (p.98).

La posibilidad de obtener una sentencia justa y efectiva presupone el poder cautelar del juez, desde que las medidas preventivas se dirigen, precisamente, a evitar que la sentencia definitiva quede ilusoria (periculum in mora). El derecho a obtener una protección cautelar es, por tanto, instrumento para el ejercicio de la tutela judicial. Fernández (2002), sostiene que:

> Las medidas cautelares son una manifestación de la actividad jurisdiccional y un instrumento necesario para la eficiencia de la justicia, que constituye una garantía de los presuntos derechos en discusión mientras se dicta el fallo definitivo, evitando así que el mismo pueda resultar ineficaz (p.199).

De lo anterior, se infiere que, las medidas cautelares se adoptan con la finalidad de asegurar provisionalmente la situación jurídica, el derecho o interés de que se trate, para que la sentencia que en su día declare ese derecho o interés, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, lográndose de esa manera la plenitud del derecho a la tutela judicial efectiva. Las medidas cautelares presentan las siguientes características, señaladas por González (2004):

-Instrumentales: Son el instrumento para asegurar la eficacia de la sentencia en un juicio principal. Ellas no son en sí mismas un fin sino que están dirigidas a garantizar el resultado de la sentencia de fondo, por ello nunca podrán convertirse en definitivas por cuanto, están supeditadas a la declaración judicial final del proceso del cual forman parte. Ortiz (2005) expresó lo siguiente:

> Es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares; las cuales no constituyen un fin por sí mismas, sino que están indudablemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva... La tutela cautelar es, en relación con el derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia... son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez, es un medio para la actuación del derecho; esto es, con relación a la finalidad última de la función jurisdicción, instrumento del instrumento (p.187).

-Son provisionales: Tienen una vigencia temporal, lo cual significa que, extinguido el proceso, se extinguen las providencias cautelares decretadas. En principio las medidas cautelares fenecen cuando se produce la sentencia que pone fin al proceso principal, es decir, tienen vidas mientras dura el proceso. No obstante, existe la posibilidad de que si cambian las circunstancias que condujeron a la adopción de las medidas cautelares, estas pueden ser modificadas o revocadas por razones sobrevenidas, aun cuando no haya finalizado el proceso principal.

-Revocables: Pueden ser revocables en cualquier estado de la causa. Dado el carácter temporal que éstas mantienen, se justifica su revocatoria ante una modificación de las circunstancias que fundamentaron su emisión.

En cuanto a ser accesorias de acuerdo a la opinión emitida por Hernández (2002), sostiene que las medidas cautelares son siempre accesorias al proceso principal.

-Idóneas: Deben ser las más idóneas para salvaguardar la efectividad de la tutela judicial, pues si se conceden providencias que no garanticen los resultados del

proceso, la tutela cautelar se verá frustrada en la medida en que no sea idónea para posibilitar la realización de la tutela judicial.

-Homogéneas: Estas medidas alcanzan una mayor eficacia en cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la ejecución del fallo definitivo. Las medidas cautelares deben adecuarse a las pretensiones de la acción principal; por lo que de modo alguno el juez cautelar puede excederse del objeto del recurso de nulidad. De allí que se hable también de funcionalidad de la medida en el sentido de que ésta debe adaptarse perfectamente a la naturaleza del derecho que se ejercita y se pretende.

Puede decirse en opinión del autor de la presente investigación, que una medida cautelar es más eficaz cuanto más se parece a la correspondiente medida que integrará la futura ejecución. La homogeneidad constituye un límite al alcance del poder cautelar del juez, ya que la medida no podrá excederse de modo que su ejecución agote el contenido de la sentencia definitiva.

Las medidas cautelares se conceden con la finalidad de evitar la producción de perjuicios graves e irreparables, o de tal naturaleza que no pueden repararse por la sentencia que pongan fin al proceso principal, de allí que se consideren necesarias. Esta característica se encuentra vinculada con la urgencia que debe contener toda medida cautelar. La urgencia como característica de las medidas cautelares esta referida a la necesidad de que las mismas se decreten con suma rapidez.

Algunos doctrinarios como Hernández (2002), le dan el carácter de cosa juzgada, cuando la decisión cautelar se toma definitivamente firme por no ser posible deducir contra ella recurso alguno, queda revestida de cosa juzgada formal.

Ello no constituye obstáculo alguno para que la medida cautelar sea modificada o revocada, cuando varíen o se alteren las circunstancias o los presupuestos que permitieron en aquel momento determinado la adopción de la medida cautelar. Dicha cosa juzgada que envuelve a la decisión cautelar tiene implícita una vigencia de carácter temporal, pues la misma existirá hasta el instante en que se dicte sentencia sobre el mérito del proceso.

Características de las medidas cautelares en la LOPNNA (2007).

Las medidas cautelares en la LOPNNA, se clasifican en privativas y no privativas de libertad, son medidas privativas de libertad: La detención judicial preventiva para identificar al adolescente, contemplada en el artículo 558 de la LOPNNA, y la detención judicial preventiva para asegurar la comparecencia del adolescente a la audiencia preliminar de conformidad con lo previsto en el artículo 559 de la misma ley, aplicables ambas durante la fase de investigación.

Así, en el transcurso del proceso, el Ministerio Público, presentado como sea el adolescente, durante la fase de investigación, pero de manera extraordinaria, puede requerirse la aplicación de la medida cautelar contemplada en el artículo 581, correspondiente a la fase intermedia y la audiencia preliminar, cuando se trate de uno de los delitos previstos en el articulo 628 literal a de la LOPNNA, pero sólo cuando se solicitare aplicación del procedimiento abreviado, luego de calificada la flagrancia, ello, por cuanto se salta la fase intermedia o la audiencia preliminar y se va directamente a juicio.

Lo usual, es que la citada medida de prisión preventiva como medida cautelar se aplique durante la audiencia preliminar, una vez finalizada la misma, y ordenado el enjuiciamiento o dictado el auto de apertura a juicio, por haberse admitido la acusación, y cuya duración será de conformidad con el artículo 582 en su parágrafo primero, de noventa días (90), por lo que de no producirse sentencia definitiva durante ese lapso, deberá ser sustituida por una medida cautelar sustitutiva de las previstas, en este último citado artículo.

Cabe señalar, que las medidas cautelares privativas y no privativas de libertad, se aplican desde el inicio del proceso a petición del Ministerio Público, y por decisión y orden del Juez de Control. Las medidas cautelares, todas deberán proceder, demostrada la existencia de fundamentos serios que hagan presumir se cometió el hecho y además el periculum in mora; pero tratándose de privativas de libertad, debe tratarse de hechos graves como los contemplados en el literal a) del Parágrafo Segundo del artículo 628 de la LOPNNA, procediendo en caso de delitos que hacen

procedente la privación de libertad y además, en virtud de que el adolescente podría fugarse o por peligro de fuga, que pueda obstaculizar las pruebas o convertirse en peligro para los testigos y la victima.

Pero además de las medidas cautelares, que tienen fines de aseguramiento y carácter de provisionalidad, el legislador prevé que establecida la responsabilidad del adolescente, luego de destruido con el acervo probatorio ofrecido y recibido en debate, la presunción de inocencia del mismo, se hará procedente la aplicación de sanciones cuya gama está contemplada en el artículo 620 de la LOPNNA. En efecto, el señalado artículo y a lo largo de los dispositivos 623, 624, 625, 626, 627 y 628 contempla medidas o sanciones que van desde la amonestación, como la menos grave; servicios a la comunidad, reglas de conducta; libertad asistida; semilibertad y privación de libertad.

Cada una de las antes citadas sanciones, lleva implícita una finalidad; pero sobre todo pretende convertirse en herramienta idónea para proveer al adolescente, de la suficiente preparación física, emocional, cultural, social y psicológica para enfrentar los retos que supone su reintegración al medio familiar y social.

Se trata de conferir a las medidas tanto cautelares como sancionatorias de un alto contenido pedagógico, al atribuirles una finalidad socioeducativa, que alcanza dimensiones especiales, cuando se trata de la privación de libertad cuando es comprobado el delito, por cuanto su aplicación resulta procedente frente a hechos calificados graves por el daño o peligro ocasionado o al cual somete a un bien jurídico protegido.

Necesidad de la aplicación de Medidas Cautelares Privativas de Libertad

La concepción jurídica de Carrara (como se cita en Binder 1995), sobre la detención preventiva, además de la función de coerción procesal, es en relación con las necesidades de la disponibilidad del imputado, por parte del juez instructor y de preservación de la pureza de las pruebas, ella, se convirtió en una garantía para la ejecución de la pena, en tanto evita el peligro de fuga frente a una eventual sentencia

condenatoria. De esta forma, la prisión preventiva logra la finalidad de anticipar el efecto intimidatorio de la pena, que según sus defensores desanima al mismo autor de delitos y a los ciudadanos en general en cuanto a la realización de hechos delictivos.

En la cultura progresista de los últimos años, se niega que entre sus finalidades pueda incluirse la intimidación, la ejemplaridad o el intento por apaciguar el alarmismo social. La única finalidad que esta cultura de las garantías y de los derechos le asigna a la prisión preventiva un carácter instrumental, necesario para evitar el entorpecimiento del juicio.

Ahora bien, en el caso de los delitos previstos en el artículo 628 literal a de la LOPNNA, la privación de libertad sólo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso y no se podrá ordenar cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la sanción probable (Arts. 243 y 244 del COPP, aplicables por remisión del Art. 537 de la LOPNNA), podría ser contraria al dispositivo que únicamente permite, no ordena, la prisión preventiva, cuando el imputado apareciere fuera del lugar donde deba permanecer o no comparezca, sin motivo justificado, ante la autoridad judicial o del Ministerio Público que lo cite y al que ordena interpretar restrictivamente las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado (Arts. 617 de la LOPNNA).

El auto que acuerde la prisión preventiva debe ser fundado (Art. 254 del COPP, aplicable por remisión del Art. 537 de la LOPNA) y es apelable (Art. 608 de la LOPNNA), recurso que debe interponerse, fundamentarse, tramitarse y resolverse conforme a los artículos 448, 449 y 450 del COPP (Art. 613 de la LOPNA). Por efecto de la admisión del recurso, deberá la Corte de Apelaciones examinar los argumentos y contra argumentos a la luz de las circunstancias que autorizan la prisión preventiva.

Respecto al fumus boni iuris, por respeto al dispositivo de que el auto de enjuiciamiento no es apelable (Arts. 331, último aparte del COPP y 608 de la LOPNNA), que deriva del principio de inmediación, resulta para el ad quem se ha proscrito examinar la prueba presentada como fundamento para la acusación o querella, función que sólo compete al juez de control. Así, no debe admitirse que la

revisión por apelación del auto que acuerda la prisión preventiva, que es sólo un aspecto del auto de enjuiciamiento (Arts. 579, literal g, y 581 de la LOPNNA) se convierta en un mecanismo subrepticio para el examen del mérito de la investigación. Señala Sandoval (2006):

> Que la jurisprudencia por regla general parte de este principio, no ha podido sustraerse a concesiones y en ocasiones, tribunales de apelación han apreciado como claramente insuficiente, groseramente contradictoria o burda, la prueba recogida en la investigación y por esa vía han revocado la prisión preventiva. En ese caso deriva para el proceso una situación contradictoria, pues aun hecho tal pronunciamiento, el auto de enjuiciamiento basado en tales pruebas, sigue vigente y por efecto del mismo debe celebrarse el juicio oral (p.211).

Otro sector de la jurisprudencia, si bien rechaza la postura anterior por considerar correctamente que constituye una revalorización inaceptable del mérito de la investigación por parte del ad quem, se inclina por un examen sobre la forma en que la prueba fue recogida o incorporada en la investigación (presupuesto de valoración es que no se haya cometido un error in procedendo) o si el juez de la etapa intermedia se fundamentó en elementos indebidamente obtenidos o incorporados, si motivó suficiente y eficientemente su fallo o incurrió en omisiones o contradicciones significativas o en violación de reglas claras de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Sin hacer examen propio del mérito mismo de la investigación, la revocatoria del auto de prisión preventiva basado en error en los presupuestos o en las reglas de valoración, si bien no constituye en puridad una revalorización de la prueba por el ad quem, tiene el mismo efecto negativo que el primer supuesto, pues también se mantendrá vigente el auto de enjuiciamiento.

Resulta claro, que en circunstancias normales, que el examen sobre la procedencia de la prisión preventiva, versa fundamentalmente sobre el periculum in mora y en tal sentido se debe hacer un análisis propio con vista al fundamento del

recurso, de las circunstancias que constituyen el peligro de evasión y la obstaculización de la actividad probatoria y determinar si están sustentadas y si no es posible, razonablemente, atender a esos fines de aseguramiento procesal, con la imposición de una medida cautelar menos gravosa.

Obviamente, si la prisión preventiva fue autorizada judicialmente, en casos en que no procede por no poderse sancionar al adolescente con pena privativa de libertad, ésta debe revocarse por ser una manifiesta desproporción el que la medida cautelar sea más gravosa que la pena que se pueda llegar a imponer y configuraría un caso de error in judicando in jure.

Entre los derechos que asisten al adolescente imputado, desde el primer acto de procedimiento, se encuentra solicitar que se declare la improcedencia de la prisión preventiva, si ésta no ha sido acordada o su cese en caso contrario (Art. 654, literal h de la LOPNA) y entre las normas que rigen la buena fe en el litigio se indica expresamente: se evitará, en forma especial, solicitar la privación de libertad del imputado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del proceso (Art. 243 del COPP aplicable por remisión del Art. 537 de la LOPNA). Finalmente, corresponde indemnización por parte del Estado al adolescente imputado, cuando se declare que el hecho no existe, no reviste carácter penal o no se compruebe que el adolescente participó

La medida cautelar privativa de libertad en los delitos graves.

Con ocasión de la entrada en vigencia de la LOPNNA, han surgido dudas con respecto la verdadero alcance y contenido de la detención como medida cautelar, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 559 de la LOPNNA, norma que faculta la privación de libertad del adolescente vinculado con la comisión de un hecho punible, únicamente a los efectos de asegurar su comparecencia a la audiencia preliminar.

Como bien se advierte en el preludio de este inciso, en el artículo 559 de la LOPNNA, cobija una genuina medida de coerción personal. Binder (1995), insiste en la excepcionalidad de las medidas de coerción personal como mecanismos de

aseguramiento del imputado, arguyendo que la utilización de la prisión preventiva debe ser mucho más restringida aún, con ocasión de la restricción inevitable de la libertad como garantía medular del entorno social.

El proceso penal exige la adopción de medidas de coerción personal, precautelativas, destinadas a evitar que se vean frustradas las exigencias de justicia y que inciden, necesariamente, en la libertad de movimiento del imputado; la adopción de tales providencias encuentra legítimo interés en la salvaguarda del sistema persecutorio penal, y en la necesidad de evitar la posible evasión del imputado de las consecuencias intrínsecas de una probable decisión condenatoria ulterior.

Pero no sólo eso, en doctrina, las finalidades de la prisión preventiva son susceptibles de ser reseñadas bajo dos criterios terminantes: por una parte, garantizar la presencia del imputado, y por otra, asegurar el éxito de la investigación. La presencia del imputado en audiencia se erige como un fin intrínseco que valida la existencia del proceso mismo, pues como ya es sabido, no está permitido un juicio en ausencia, es decir, no se puede adelantar un proceso a espaldas del sujeto sobre el cual recae la acción penal. La finalidad aludida no trascendería de un ideal intangible, si el proceso no dispusiera de mecanismos cautelares tendentes a hacer efectivo el Sistema de Administración de Justicia Penal, entre ellos, por supuesto, las medidas de coerción personal.

Y en cuanto a la motorización de la instrucción penal, es sabido que con ella se procura la ubicación, identificación y aseguramiento de los elementos de convicción que sustentan una imputación penal y probable sentencia. En este sentido, la prisión preventiva supone la sujeción del imputado, fundamentada en el peligro de que pueda obstaculizar la labor investigativa del Ministerio Público, manipulando las fuentes de prueba en procura de su impunidad.

Como corolario, el artículo 559 de la LOPNNA, no es ajeno a las anteriores consideraciones, como innegable medida de coerción personal: la efectiva privación de libertad del imputado, su adopción debe necesariamente sujetarse a los parámetros y limitaciones que rigen toda medida de aseguramiento cautelar. Así pues, se erige en un imperativo apuntar lo dispuesto en el artículo 537 del mismo cuerpo normativo en

estudio, por lo que las disposiciones de este deben interpretarse y aplicarse en armonía con sus principios rectores, los principios generales de la Constitución, del Derecho Penal y Procesal Penal, y de los tratados internacionales, consagrados a favor de la persona y especialmente de los adolescentes.

En el COPP el artículo 250 regula los presupuestos de procedencia de la prisión preventiva, estableciendo los límites obvios que sujetan a los operarios de Justicia para su respectiva solicitud y consecuente (eventual) acuerdo. La LOPPNA, en ninguna disposición, hace referencia a los presupuestos de procedencia de la privación judicial preventiva de libertad, entendida como medida cautelar. La única norma análoga entiéndase: al artículo 250 del COPP encuentra amparo en el artículo 581 de la referida ley especial, cuyo contenido reza textualmente:

> Prisión Preventiva como Medida Cautelar. En el auto de enjuiciamiento el Juez de Control podrá decretar la prisión preventiva del imputado, cuando exista: Riesgo razonable de que el adolescente evadirá el proceso; Temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas; Peligro grave para la víctima, el denunciante o el Testigo (p.331).

Como se colige de la simple lectura de la disposición transcrita, en este caso, la prisión preventiva se concibe como una medida cautelar susceptible de ser acordada en el auto de enjuiciamiento emitido por un Juez de Control, lo cual conlleva a concluir, lógicamente, que su acuerdo es posterior a la celebración de la Audiencia Preliminar.

En fase de investigación, la adopción de la prisión preventiva no se entiende sujeta a lo dispuesto en el artículo 581 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. El artículo 250 del COPP, entiende su aplicación supletoria cuando el objeto del pedimento fiscal, suponga la privación de libertad del imputado. Tal y como lo advierte el artículo 537 de la LOPNNA, todo lo no regulado por ella respecto la responsabilidad penal del adolescente, demanda la aplicación supletoria del COPP.

En consecuencia, el artículo 559 de dicha ley especial, concebido como remedio procesal a los efectos de privar preventivamente la libertad del imputado, debe entenderse sujeto a los parámetros y presupuestos establecidos en el artículo 250 del COPP, señala:

> El juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado siempre que se acredite la existencia de: Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita; Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o partícipe en la comisión de un hecho punible; Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación.
>
> La privación preventiva de libertad, como medida de coerción personal, solo es susceptible de ser solicitada por el representante del Ministerio Público cuando acredite fundadamente: La existencia de un hecho punible que merezca como sanción pena privativa de libertad, siempre y cuando la acción penal no se encuentre prescrita. Suficientes y motivados elementos de convicción que hagan presumible la autoría o participación del imputado en los hechos objeto de la investigación. La presunción consolidada de dos presupuestos alternativos, a saber, el peligro de fuga y de obstaculización del proceso (p.299).

Como consecuencia de lo anterior, se erige en un mandato referirlo al fumus boni iuris y al periculum in mora como presupuestos de procedencia de la medida cautelar en estudio. Al respecto señala Grisanti (2010) que la privación de libertad es una medida cautelar, la sujeta al cumplimiento de unos presupuestos que deben concurrir para convertirla en una medida viable. Esos presupuestos son:

1. El fumus bonis iuris, o apariencia de derecho, que en el proceso penal se traduce en que el hecho investigado tenga carácter de delito y la probabilidad de que el imputado hubiese participado en su comisión.

2. El periculum in mora o peligro por la demora, que en el proceso penal significa que el imputado, abusando de su libertad, impida el cumplimiento de los fines del proceso.

3. La proporcionalidad entre la posible pena aplicable y el tiempo de privación de libertad que pueda sufrir el imputado (p.91).

El fumus boni iuris constituye el primer requisito que debe verificar el juez al enfrentarse a la obligación de dictar una providencia cautelar. Se trata de la indagación que hace el órgano judicial sobre la posibilidad cualificada, sobre la apariencia cierta, de que el derecho involucrado por el solicitante de la medida cautelar en la realidad exista y que, en consecuencia, será efectivamente reconocido mediante la sentencia definitiva. En palabras sencillas, se traduce en la existencia de un juicio o razonamiento donde el órgano jurisdiccional encargado de decretarla, prevé las probabilidades sólidas de que el solicitante de la medida será beneficiado por lo dispuesto en la resolución judicial definitiva.

No obstante, en materia procesal penal la perspectiva de lo planteado cambia radicalmente, señala Binder (1995) que las medidas cautelares personales se refieren, "más que un juicio o razonamiento positivo respecto a una previsible resolución final favorable a quien solicita la medida cautelar, exigen la razonable atribución a una persona determinada de la comisión del hecho punible" (p.321).

Ello, se refiere a que, la imposición de una providencia cautelar depende de un juicio sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de una pena. Por ello, antes de referirse al fumus boni iuris, prefiere hablar de suficientes indicios de culpabilidad junto con el periculum in mora, como presupuesto fundamental de las medidas asegurativas cautelares.

En cuanto al periculum in mora, no es otra cosa que la referencia al riesgo de que el retardo natural del proceso pueda neutralizar la acción de la justicia, ante la posible fuga del imputado o la obstaculización, por su parte, de la búsqueda de la verdad. Consecuencialmente, el periculum in mora viene representado por el peligro de fuga y obstaculización del proceso como presupuestos susceptibles de ser atribuidos al imputado -preestablecido en los artículos 251 y 252 del COPP, cuya ausencia no sólo imposibilita el desenvolvimiento natural del iter procedimental, sino también la efectiva aplicación de la pena si ulteriormente llegase a imponerse.

La procedencia de la detención cautelar como mecanismo idóneo para procurar la comparecencia del imputado a la audiencia preliminar, requiere la concurrencia del fumus boni iuris constatado con la existencia de una grave acción delictiva, la reunión de elementos de convicción para llenar los supuestos que configuran el periculum in mora, que son exigidos en la legislación especial para hacer procedente la Prisión Preventiva como Medida Cautelar.

La medida cautelar de prisión preventiva debe ser proporcional a la entidad del delito imputado y necesaria para salvaguardar la estabilidad y resulta procesal, asegurando la comparecencia de los imputados al juicio oral y privado, y para su procedencia se debe estar frente a hechos punibles calificados como graves, tales como: Homicidio, lesiones gravísimas, violación, robo agravado, secuestro, trafico de drogas, robo o hurto de vehículos.

De esta forma, se trata de delitos graves, donde es procedente la privación de libertad, medida privativa cautelar, que en los delitos citados en el párrafo anterior no pueda evitarse razonablemente su aplicación con otra medida menos gravosa para el adolescente imputado, por cuanto estas otras, resultan insuficientes como para garantizar la finalidad del proceso, teniendo presente las garantías fundamentales de los principios de proporcionalidad y excepcionalidad de la privación de la libertad, contenido en los artículos 539 y 548 de la LOPNNA. Al respecto, señala Montero (2001) que:

> La medida de privación preventiva de libertad de cualquier ciudadano acordada por el Juez de Control durante el curso de un proceso penal, esta revestido de plena legitimidad, por provenir de órganos jurisdiccionales debidamente facultados para ello, siempre y cuando haya sido dictada en observancia de las normas adjetivas que lo contienen, del respeto a las prescripciones legales y de la previa determinación de cada una de las circunstancias que rodean el hecho o hechos sometidos a su consideración (p.78).

Por otra parte, se afirma en concordancia con lo anterior, que la prisión judicial preventiva, obedece necesariamente a dos garantías fundamentales, a saber: la proporcionalidad y la excepcionalidad. Respecto a la proporcionalidad, se debe acotar que el artículo 581 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y de Adolescentes, limita la prisión judicial preventiva por el término de tres meses si no ha habido sentencia condenatoria, que es la llamada proporcionalidad preventiva; a menos que existan circunstancias especiales, tal y como lo ha dejado sentado la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, que hagan procedente la imposición de una medida cautelar sustitutiva de la Privación de la Libertad.

En conclusión la privación de libertad, tiene características especiales no sólo por parte del juez de control, encargado de aplicar las medidas cautelares, arriba señaladas, sino del juez de juicio, quien tendrá la importante y significativa tarea de motivar la sentencia, en cuanto a los hechos, la autoría y .las razones por las cuales aplica la medida privativa de libertad ya como sanción, para lo cual deberá tener en cuenta el artículo 622 de la LOPNNA, lo que le permitirá observar principios tales como la proporcionalidad, idoneidad y racionalidad.

Pero también, exige importantes y determinantes responsabilidades por parte del juez de ejecución, quien no solo atiende a las facultades descritas en el artículo 646 de dicha la ley, sino en el literal e del artículo 647 del mismo texto, puesto que debe revisar por lo menos cada seis meses para su modificación cuando la sanción no cumpla con el objeto para el cual fue aplicada o sea contraria al desarrollo del adolescente.

CAPÌTULO V

LA SANCIÔN DE PRIVACIÒN DE LIBERTAD Y SU CARÁCTER SOCIOEDUCATIVO EN EL SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE

El Sistema Sancionatorio de la LOPNNA

La LOPNNA, tiene su propio sistema sancionatorio, enunciado en el artículo 528, y desarrollado en el artículo 620 y siguientes. En atención a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y al principio de la legalidad, la ley prevé un amplio catálogo de medidas que se aplicará al adolescente declarado responsable de un delito. Se establecen 6 tipos de sanciones, cuya severidad va de menor a mayor: amonestación, imposición de reglas de conducta, servicios a la comunidad, libertad asistida, semi-libertad y privación de libertad, todas ellas como una sola finalidad, la educativa.

Ahora bien, la aplicación de las sanciones está cercada de muchas garantías. Primeramente, la ley somete la aplicación de las medidas a los principios de la legalidad y lesividad. Luego, da pautas para la aplicación, con lo cual se limita mucho la amplísima discrecionalidad que tenía el juez correccional del modelo tutelar. Es obvio que la autoridad jurisdiccional conserva poderes discrecionales, porque le corresponde individualizar la sanción, pero lo hará siguiendo los parámetros objetivos que la ley le impone, en su artículo 622, en el cual se señalan las pautas para su aplicación:

> Comprobación del acto delictivo y la existencia del daño causado; la comprobación de que el adolescente ha participado en el hecho delictivo; la naturaleza y gravedad de los hechos; el grado de responsabilidad del adolescente; la proporcionalidad y la idoneidad de la medida; la edad del adolescente y su capacidad para cumplir la medida; los esfuerzos del

adolescente por reparar los daños y por último, en caso que considere necesario, los resultados de los informes clínico y psico-social (p. 187).

Se añade que otra garantía para la aplicación de las sanciones es su definición clara y las previsiones precisas, acerca de su tiempo de duración y forma de cumplimiento (artículos 623 a 628). Igualmente garantista es el procedimiento para la determinación de la responsabilidad del adolescente y la aplicación de las sanciones. Dicho procedimiento fue concebido atendiendo a las disposiciones de los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y siguiendo el modelo del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), pues se desarrolla cumpliendo las fases de investigación, de juicio y de ejecución establecidas en el COPP.

Por otra parte, el procedimiento para establecer la responsabilidad del adolescente debe realizarse dentro de una estructura judicial propia, del y para el adolescente. A su vez, esa Justicia especializada se inserta dentro del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, (Título V), definido por el artículo 526 de la referida Ley: "El conjunto de órganos y entidades que se encargan del establecimiento de la responsabilidad del adolescente por los hechos punibles en los cuales incurran, así como de la aplicación y control de las sanciones correspondientes" (p. 140).

En efecto, es en el marco de ese sistema penal propio, donde se establece la responsabilidad del adolescente por la comisión de un hecho punible, se le sanciona y se ejecuta, es decir se cumple la sanción aplicada. La estructura de la Justicia Especializada para el adolescente en conflicto con la Ley penal, prevista en el Capítulo IV del Título V, artículos 648 al 671 de la LOPNNA está integrada por la Policía de Investigación (artículo 651); por el Ministerio Público (artículos 648 al 650); por la Defensoría Pública (artículo 656) y por los órganos jurisdiccionales: la Sección de Adolescentes del Tribunal Penal y la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 665).

En la Sección de Adolescentes del Tribunal Penal están presentes las dos instancias del proceso: la primera, que se integra con Jueces de Juicio, de Control y

de Ejecución y la segunda, por la Corte Superior, constituida por una o más Salas de Apelación (artículo 666). Es así como el Circuito Judicial Penal da cabida a dos jurisdicciones distintas: la de adultos y la de adolescentes. La Exposición de Motivos de la LOPNNA (2007) explica:

> En busca de una economía de acciones que brinde la mayor eficiencia con el Máximo aprovechamiento de los recursos, se ha concebido la Sección de Adolescentes del Tribunal Penal. Esto permite la utilización del nuevo concepto funcional de la administración de justicia que prevé el Código Orgánico Procesal Penal y caracteriza el proceso de adolescentes dentro del marco que le es propio, un tribunal penal, pero eso sí, como órgano especializado tanto a nivel de la investigación como del proceso mismo y posteriormente en la etapa de ejecución de la sanción (p.1).

Ahora bien, la exigente especialización del juez de ejecución del adolescente no se agota en el hecho de pertenecer a una jurisdicción especializada, en razón del sujeto. El juez de ejecución de adolescentes debe ser, además, un especialista en razón de la materia. Si para ser juez de ejecución de adultos se requiere un perfil que incluye cualidades superiores de humanismo, vocación, espíritu abierto y empatía, amén de una formación especializada en disciplinas tales como penología, criminología, derechos humanos y derecho penitenciario, estos requerimientos aumentan en grado superlativo cuando se trata de un juez de ejecución de adolescentes, vista la discrecionalidad de la cual disponen, las funciones que debe ejercer y los objetivos atribuidos por la ley a la sanción, cuyo cumplimiento está bajo su control.

Anteriormente, cuando se abordaba los temas referentes a la ejecución penal de adultos, existía el desacuerdo con el sistema de rotación de jueces, establecido en el artículo 530 del COPP. Se recuerda que dicho sistema implica que el mismo juez de primera instancia, ejercerá de tiempo en tiempo las tres (3) funciones que por ley le están atribuidas: control, juicio y ejecución. Para la modalidad rotatoria tiene, entre

otros inconvenientes, el de dificultar la necesaria especialización de los jueces y el de fragmentar el seguimiento de la evolución del condenado.

De esta forma, en el caso de los adolescentes, este segundo inconveniente es aun más grave, visto que estos son condenados a sanciones mucho más breves que los adultos, y que dichas sanciones están sujetas a permanente revisión por parte del juez de ejecución, lo cual hace muy recomendable que sea un solo juez quien acompañe al adolescente durante toda la ejecución de su sentencia. Solo así podría tener el conocimiento de la progresividad del sancionado, lo cual redundaría en decisiones más acordes a cada caso.

Alcance de los contenidos de las sanciones previstas en la LOPNNA (2007).

Para realizar debidamente el control de las medidas previstas en la LOPNNA, control que supone supervisión, modificación y sustitución de las mismas, el juez de ejecución debe comprender cabalmente su contenido y alcance. Es cierto que el objetivo de todas ellas es propiciar el desarrollo integral de los adolescentes sancionados, pero no es menos cierto que cada una tiene su propia manera de lograrlo, funciona con su propia lógica y debe corresponderse con las circunstancias del caso en concreto.

Sin embargo en palabras de Seda (2005) se observan "dificultades de interpretación, especialmente en cuanto a las medidas alternativas a la privación de libertad, es decir, imposición de reglas de conducta, servicios a la comunidad, libertad asistida y semi libertad" (p.91). Dentro de este contexto el autor puntualiza dos (2) aspectos fundamentales antes de comentar el contenido de las medidas.

> La sanción impuesta al adolescente es de carácter penal y no social. Nadie, ni el sancionado, ni el juez deben perder de vista este hecho. En ningún momento, se debe olvidar que el adolescente es un ciudadano, un protagonista de la convivencia social, con derechos y deberes, entre los que se destaca el de

respetar el derecho de los demás (artículo 93 de la LOPNNA). En nada favorece la educación y el desarrollo integral del adolescente la sensación de impunidad. Todo lo contrario. Siendo el joven capaz de entender la ilicitud de su acto, debe entender también que su conducta es reprochable, y que debe corregirla. Se estimula el proceso de socialización del joven, cuando se hace responsable por sus acciones, en la medida de su desarrollo.

Las sanciones penales son personalísimas, en el sentido de que la privación de derechos y la imposición de obligaciones deben afectar estrictamente a la persona del sancionado. El hecho de que la LOPNNA, en su artículo 621, disponga que la familia participara según sea el caso, de forma complementaria, en el proceso educativo del adolescente infractor, no implica, de modo alguno, que las consecuencias derivadas de la sanción se extiendan hasta los padres y demás familiares del adolescente (p.182).

En este orden de ideas, cabe señalar que la LOPNNA establece seis (6) tipos de sanciones cuya severidad y gravosidad van de menor a mayor, en el siguiente orden establecidos en el Articulo 620: "amonestación, imposición de reglas de conducta, servicios a la comunidad, libertad asistida, semi-libertad y privación de libertad" (p.189), la más gravosa y cuyas condiciones de aplicación y ejecución están detalladamente previstas en la ley.

La imposición de reglas de conducta es la sanción que debe aplicarse a los adolescentes que necesitan, principalmente, de control, de disciplina. El sancionado no será sustraído de la supervisión de sus padres, pues se supone que tiene su vida familiar organizada de tal modo, que ella misma constituye el apoyo idóneo para su desarrollo. El tribunal solo impone las obligaciones de hacer o no hacer, y durante la ejecución simplemente se constatará que el adolescente está cumpliendo con la medida, y que ella está logrando el objetivo para la cual fue impuesta, que no es otro que el de contribuir al desarrollo del adolescente, mediante su entrenamiento para acatar normas.

Si el adolescente necesita apoyo y orientación, más allá del ámbito familiar, en el área psicológica, educativa, laboral, de relaciones personales, o cualquier otra, y la gravedad del hecho lo permite, la sanción indicada es la libertad asistida, medida que se ejecuta (Artículo 643) en libertad con la supervisión, asistencia y orientación idóneas, brindada por técnicos capacitados.

Es menester su inclusión en un programa diseñado de tal modo que en palabras de Sandoval (2006):

> (a) no se le imponga obligaciones, ni se restrinja sus derechos excediéndose de lo dispuesto en la sentencia condenatoria; (b) no ejerza un control expansivo, es decir que no se extienda a los ámbitos de acción del condenado que no ameriten intervención, ni afecte a las personas relacionadas con él (p.73).

Es necesario tener en cuenta que la libertad asistida es, la sumisión del adolescente a una orientación ambulatoria. Si el sancionado, al mismo tiempo que victimario es víctima de violación de sus derechos, debe ser objeto, por parte de la autoridad competente de la imposición de una medida de protección, que reponga su derecho violado.

Señala Márquez (2007), que la prestación de servicios comunitarios consiste "en la realización de tareas o trabajos gratuitos, de interés colectivo, realizados en entidades públicas, sin fines de lucro". (p. 258) No está de más recordar que tales trabajos deben ser asignados de acuerdo con las aptitudes del adolescente, no deben menoscabar su dignidad, ni mucho menos perjudicar la asistencia a la escuela o a la jornada normal de trabajo.

Se trata de una sanción muy útil, tanto para el adolescente como para la comunidad, la cual debe estar sustentada en programas de acción que reúnan las condiciones exigidas por la ley y en centros que permitan la acogida al adolescente sancionado, e informar al juez del cumplimiento de las tareas que le sean asignadas.

El juez controlará si el trabajo se realiza conforme a los derechos del adolescente y si cumple con la finalidad de la sanción, que es la de coadyuvar el

desarrollo del adolescente, despertando o reforzando en él valores de la solidaridad y la conciencia de que es posible reconciliarse con la comunidad, mediante su esfuerzo.

En cuanto a la semi libertad es la medida que ha ocasionado mayores dificultades de interpretación, constituye una medida intermedia entre la libertad asistida y la privación de libertad, pues combina el internamiento del sancionado en un establecimiento especial, donde es orientado por un personal idóneo. Se trata de un régimen semi institucional, puesto que la vida del adolescente se desarrolla parte en una institución y parte en medio libre, concomitantemente.

En medio libre trabaja y estudia; en la institución duerme, cumple sus obligaciones como integrante de una comunidad conformada por otros adolescentes como él aseo de las instalaciones, ayuda en labores de cocina, entre otros y se somete a la supervisión y orientación de un personal especializado. A medida que su progresividad lo permita, el adolescente podrá realizar también en libertad actividades deportivas, recreativas, culturales, así como disfrutar de fines de semana y efemérides festivas con sus familiares y amigos.

Esta medida expresa Reyes (2008), corresponde "al Régimen Abierto previsto para los adultos en la Ley de Régimen Penitenciario y que se cumple en los denominados Centros de Tratamiento Penitenciario" (p.39), el cual es un establecimiento que se caracteriza fundamentalmente por la ausencia de rejas, muros, barrotes, gran número de personal de custodia. Todo ello es sustituido por el régimen de confianza, basado en auto disciplina y el sentido de responsabilidad del adolescente, ambas cosas estimuladas por los técnicos de la institución.

La Privación de Libertad en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente y su relación con los Delitos Graves

Consideramos interesante abordar brevemente la privación de libertad en el delito de homicidio por ser uno de los delitos mas graves en la sociedad y ser el que encabeza la lista de los delitos en los que se admite la medida privativa de libertad señalados en el articulo 628 literal a de la LOPNNA,

El homicidio tiene varias acepciones, pero para poder definirlo de forma más clara es: la conducta que produce antijurídicamente la muerte de una persona, cualquiera que sean sus características: edad, sexo, profesión, cultura, raza, condiciones económicas, sociales, entre otros), la muerte es causada por un hombre (sujeto activo) y que en muchas de las veces es con el uso de violencia. Señala Binder (1995) que "sin lugar a dudas el homicidio es el más grave de los delitos. Contemplado en todas las legislaciones, constituye la más grave ofensa a la sociedad, ya que la vida humana es el bien tutelado de mayor jerarquía" (p.128).

Cuando se diferencian los delitos de daño, de los de peligro, se hace referencia a la afectación que sufre el bien jurídico tutelado (daño) o al riesgo en que se puso este (peligro). En algunos casos, el objeto jurídico es dañado como consecuencia de la conducta típica del sujeto activo, ésta afectación destruye o menoscaba el bien tutelado, y por lo tanto el reproche penal es de mayor intensidad.

En otros casos, la conducta del agente no llega a dañar el bien jurídico tutelado, sino que lo pone en peligro o riesgo de ser dañado, esto es, se presenta la posibilidad de que afecte sin que esto llegue a ocurrir; así pese a no haber daño, la ley considera necesaria una sanción, pues el sujeto activo denota peligrosidad y el pasivo se ve ante el posible riesgo de ser afectado en el bien jurídico de que se trate.

En un sentido amplio, bien es todo aquello susceptible de producir utilidad a la persona o a la sociedad; en este sentido todo bien debe ser objeto de valoración jurídica penal, por lo que bienes jurídicos protegidos son, en materia penal, según Bustos (2001):

> Todas las categorías conceptuales que asumen un valor, contienen un sentido o sustentan un significado que son positivamente evaluados dentro de una consideración institucional de la vida regulada por el Derecho, como merecedores de la máxima protección jurídica, representada por la conminación penal de determinados comportamientos mediante descripciones típicas legales de estos (p.133).

De esta forma, es posible concretar la noción de bien jurídico como los intereses de las personas físicas o morales, públicas o privadas tutelado por la ley bajo la amenaza de una sanción penal. Ahora bien en el caso del adolescente en conflicto en el caso de que se compruebe la participación de un menor en un homicidio, según Carranza (1995), se establecen:

> Parámetros tomando en cuenta la inmadurez y el desarrollo psicosocial del individuo, ya que el comportamiento negativo de un adolescente puede ser originado producto de problemas psicológicos, intrafamiliares y la persuasión de individuos mayores de edad quienes los apoyan e inducen a cometer estos delitos (p.92).

Dentro de los parámetros de lo que se considera como sistemas innovadores, que ambos responden a intereses netamente políticos y sociales, es decir, es el Estado que en ejercicio del ius puniendi, determina cuál es la forma más idónea según su convicción ideológica para corregir de alguna manera las fallas del control social que rige bajo su imperio, no sin antes dejar en claro, que el Estado parte desde su propia incapacidad, lo cual refleja que no han podido canalizar los grandes índices de criminalidad y pretende entonces abordar cada vez más, las situaciones que escapan a su poder.

De esta forma, la LOPNNA (2007), en su artículo 628 parágrafo segundo establece que la privación de libertad sólo podrá ser aplicada cuando el adolescente:

> (a) Cometiere alguno de los siguientes delitos: homicidio, salvo el culposo; lesiones gravísimas, salvo las culposas; violación; robo agravado; secuestro; tráfico de drogas, en cualesquiera de sus modalidades; robo o hurto sobre vehículos automotores. (b) Fuere reincidente y el hecho punible objeto de la nueva sanción prevea pena privativa de libertad que, en su límite máximo, sea igual o mayor a cinco años. c) Incumpliere, injustificadamente, otras sanciones

que le hayan sido impuestas. En este caso, la privación de libertad tendrá una duración máxima de seis meses (p.319).

Cabe señalar, que un adolescente cuando comete un delito grave debe asumir su responsabilidad cumpliendo el castigo impuesto por la LOPNNA (2007) ya que no se conoce cuales fueron las causas que llevaron a esa persona que no ha alcanzado la mayoridad a cometer el delito. Por lo general son psicopatías las que llevan al adolescente a realizarlo, por lo tanto no debe cumplir con el mismo proceso judicial de un adulto.

Sin embargo, debe observarse que un adolescente no debe ser objeto del mismo castigo que se le impone a un ciudadano mayor, las conductas de estos jóvenes son consecuencia de la formación en un hogar carente de valores, amor intrafamiliar y descuido por parte de los padres en la educación desde que son unos niños, por lo tanto no deben ser castigados de la misma forma y durante la retención de un menor debe ser educado y orientado para que no cometa más este tipo de comportamiento.

Es preciso, decir que de acuerdo a lo señalado las principales causas por la que un adolescente se convierte en autor o participe en delitos graves son los problemas intrafamiliares, adicional a ello, las conductas que van adquiriendo fuera del hogar y la influencia por parte de mayores de edad para que asuman comportamientos inapropiados.

De esta manera el adolescente, debe ser castigado de acuerdo a los parámetros establecidos en la LOPNNA ya que en la mayoría de los casos el mismo asume esta conducta porque ha tenido problemas psicológicos en su formación, que lo llevan a cometer este tipo de crímenes.

La carencia de formación le conduce a creer que la protección que recibe por parte de la LOPNNA, le confiere más facilidad a la hora de cometer un delito, dada la magnitud de la sanción impuesta que no puede exceder de cinco años o de dos, cuando se trata de adolescentes cuya edad no excede de dieciocho años, o cuando supera los doce y es menor de catorce respectivamente, y por esta razón si no se le educa o forma con suficiencia, no cesará la conducta delictiva.

Los fundamentos para dictar la privación de libertad como sanción a un adolescente deben ser analizados detalladamente igualmente los motivos para considerar y resolver sobre el cambio de esta por otras medidas, debiendo entenderse bajo este contexto que la privación de libertad es la más severa de las medidas previstas en el artículo 620 de la LOPNNA, por cuanto la misma comporta la restricción absoluta del derecho a la libertad durante el tiempo de su duración, tal como lo establece el artículo 628 del mencionado instrumento normativo, el cual determina que la privación de libertad consiste en la internación del adolescente en un establecimiento público del cual sólo podrá salir por orden judicial.

En este sentido, el legislador determinó con taxativa precisión, a través del parágrafo segundo, literal a de la ley, los casos en los cuales un adolescente puede ser sujeto de esta medida, indicando que su aplicación podría materializarse cuando el adolescente cometiere alguno de los siguientes delitos: homicidio, salvo el culposo; lesiones gravísimas, salvo las culposas; violación; robo agravado; secuestro; trafico de drogas en cualesquiera de sus modalidades; robo o hurto sobre vehículos automotores.

Sin embargo, el decreto de cualquiera de las medidas sancionatorias, debe efectuarse previa observancia y acatamiento de principios propios de este sistema especializado, vale decir, la excepcionalidad de la privación de libertad, la necesidad y la racionalidad como fundamentos para su dictamen, considerándose además que quien decide sobre ello está dotado de un poder discrecional contenido en el parágrafo segundo del referido artículo 628 al momento de decretarla o no, lo cual surge al interpretar su contenido; y así lo ha sostenido la Corte Superior del Área Metropolitana de Caracas en sentencia, al establecer lo siguiente:

> La sanción de privación de libertad hace necesario que el juzgador analice el porqué en el caso concreto corresponde aplicar la sanción de privación de libertad y no de otro tipo de sanción, en atención al carácter excepcional que le es atribuido por la Ley. En la actualidad se establece que la privación judicial preventiva de la libertad, es la medida de coerción personal más trascendente, y

que su aplicación tiene carácter excepcional, en el sentido que sólo procede cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso (p.2).

Así las cosas y de acuerdo a lo anterior, la sanción de privación de libertad es revisable; pero esa revisión si bien procede, no implica, necesariamente, modificación o suspensión; porque tal como dice García (2006), la sustitución procedería en la medida en que se demostrara o quedase evidenciado: "el deseo firme del adolescente de vivir de acuerdo a las normas, de asumir su responsabilidad social como todo un ciudadano y que él se encuentra en posesión de herramientas idóneas y suficientes". (p.11).

En relación a lo anterior, se puede decir que la aplicación de la sanción de privación de libertad en los delitos considerados graves por la LOPNNA, debe ser impuesta al adolescente desde el punto de vista penal y no desde la mirada social, estas premisas, ni el sancionado, ni el juez deben perder de vista, ya que el adolescente es un ciudadano, un protagonista de la convivencia social, con derechos y deberes, entre los que se destaca el del deber de respetar el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, entre otros, de los demás integrantes de su comunidad, lo que origina que se confunda la finalidad de la sanción con la estrategia para lograrla, perdiendo su eficacia de resocialización en el tiempo.

Para Carrara, (como se cita en Grisanti, 2010), el homicidio es "la muerte antijurídica de un hombre ocasionado por otro" (p.17). para Grisanti (2010): "El homicidio en cualquiera de sus clases, implica la destrucción de la vida humana" (p.18).

De esta forma, en el entendido que el adolescente pueda estar incurso en hechos delictivos, como el antes definido, es por lo que con criterio realista el legislador previó no sólo el procedimiento penal aplicable, sino las acciones a tomar para no sólo establecer su responsabilidad, sino para imponer la sanción correspondiente y ejecutarla debidamente, tomando como fundamento serio para ello, el Interés Superior del Niño, debido a que se trata de una persona en proceso de formación, lo

que a su vez, determina el carácter revisable, tanto de las medidas cautelares como de la Sanción impuesta, pero sin dejar de tomar cuenta la visón penal.

En concordancia con lo antes planteado, la LOPNNA, que es la resultante de la actividad legislativa desplegada por el Estado en cumplimiento de los compromisos adquiridos, en la oportunidad de suscribir la Convención sobre los Derechos del Niño, ha previsto que la privación de libertad, procede en los delitos supra señalados y contemplados en el ya citado parágrafo segundo del artículo 628, pero agrega además la aplicación de la misma, en caso de reincidencia y de incumplimiento injustificado de otra medida distinta a la privación de libertad. En este caso, la privación de libertad, será de seis (6) meses.

No obstante la aparente claridad de las políticas previstas por el legislador patrio en torno a las medidas aplicables frente a determinados delitos, en la actualidad hay autores que aspiran a la aplicación a adolescentes, del mismo sistema y sus consecuencias, contemplado para los adultos.

Sin embargo, la LOPNNA, se caracteriza por ser un texto que introduce transformaciones fundamentales desde el punto de vista procesal, sobre todo, porque prevé el sometimiento a juicio de los adolescentes, incursos en hechos punibles; uno de los elementos a destacar, es su apego a los principios del debido proceso, en el marco del cual, en perfecta armonía con el texto constitucional, se hace necesario tener presente y respetar los derechos del adolescente y sobre todo a los principios y valores que fundamentan el Estado, desarrollado en la CRBV.

Pautas para la aplicación del Plan Individual en los Delitos que admiten la Privación de Libertad

Las sentencias condenatorias impuestas a los adolescentes que entran en conflicto con la ley penal, tienen una finalidad educativa, el objetivo es lograr el pleno desarrollo de las capacidades del adolescente, la adecuada convivencia con su familia y con su entorno social, otorgando al juez de ejecución la expresa competencia para controlar los objetivos fijados en la normativa legal. Se puede

decir, que del buen funcionamiento de esa fase depende que culmine, con éxito, la reinserción del adolescente, como ciudadano apto para responder adecuadamente a las exigencias de la vida social, Sin embargo, existen problemas en la práctica tribunalicia, y ello se relaciona con la sanción impuesta al adolescente que comete un hecho típico y antijurídico, donde en palabras de Carranza (1995) la pena es:

> Una sanción que se aplica cuando procesalmente se ha demostrado que una persona plenamente imputable, por su total capacidad de entender el carácter lesivo de su acto y de actuar de acuerdo a ese entendimiento cometió una acción típica, antijurídica y culpable (p.49).

Esta problemática responde a la necesidad de que las medidas que se aplican al adolescente, deben tomar en cuenta que aun cuando se carezca del pleno discernimiento, responde ante la sociedad, en virtud de haber lesionado un bien jurídico penalmente tutelado, al respecto Bustos (2001), afirma que:

> La idea de sancionar a los adolescentes con medidas de seguridad genera mucha resistencia, pero no es una buena política recurrir a encubrir la naturaleza de las sanciones previstas, denominándolas medidas educativas, cuando se acepta que la sanción penal es el mayor acto de fuerza que un estado democrático puede ejercer sobre un ciudadano (p.44).

Las medidas sancionatorias se aplican con base en la culpabilidad del adolescente, en este caso la LOPNNA, prevé sanciones post delictuales, de finalidad educativa aplicada y ejecutada por un juez especializado, sin ninguna consideración a la peligrosidad del adolescente, dentro de los límites fijados por la norma y ejecutada de acuerdo a las condiciones, derechos y garantías establecidos en el Artículo 528: "El adolescente que incurra en la comisión de hechos punibles responde en la medida de su culpabilidad"(p.79). Al respecto, es menester señalar lo expresado por Binder (1995) que, por "tratarse de medidas de seguridad, se permite al juez, al momento de

individualizar la sanción aplicar la que favorezca el desarrollo integral del adolescente"(p.399), con el mismo sentido, modificarla o sustituirla, para adecuarla según la evolución del caso, el objetivo, debe ser el de propiciar el desarrollo integral de los adolescentes sancionados, pero no es menos cierto que cada una tiene su propia manera de lograr y funcionar con su propia lógica y debe corresponderse con las circunstancias del caso en concreto.

Al respecto, la duda estriba en quién lo realiza, parece evidente que el plan individual será elaborado por el equipo técnico del establecimiento donde el adolescente cumplirá la medida, con la activa participación de éste. Establece el artículo 633 de la LOPNNA, que el plan debe resultar del estudio de los factores y carencias que incidieron en su conducta y dichos factores son generalmente de dos índoles: psicológicos y sociales y los cuales deben ser considerados por personas técnicas.

En cuanto a la participación del adolescente en el plan individual, se trata de un derecho suyo, establecido en el artículo 631, (e) y no de una liberalidad del equipo técnico o cualquier otro funcionario del establecimiento. La falta de participación del adolescente viciaría de nulidad el plan individual. Se recuerda, además, que el juez de ejecución es el garante de éste y de los demás derechos del adolescente, de acuerdo a la competencia que le atribuye el artículo 647.

Al respecto, Gómez (2008), afirma que "los profesionales idóneos para hurgar, técnica y éticamente en la psiquis, en el hogar, la escuela, en fin en el entorno personal y social del adolescente, no pueden ser otros que psicólogos y trabajadores sociales" (p.91). Además, se considera que en acatamiento de lo previsto en el artículo 80 de la LOPNNA, que consagra a favor de todos los niños y adolescentes el derecho a ser oídos en todo procedimiento administrativo o judicial, el juez de ejecución debe consultar al sancionado.

Por otra parte, se ha polemizado en torno a la aplicación, al adolescente, de la libertad condicional, prevista en el COPP, y de la redención de pena por el trabajo y estudio, prevista en la ley del mismo nombre Artículo 90. LOPNNA: "Todos los adolescentes que, por sus actos sean sometidos al sistema penal de responsabilidad

del adolescente, tienen derecho a las mismas garantías sustantivas, procesales y de ejecución de la sanción que las personas mayores de 18 años" (p.19).

Quienes abogan por la asimilación, a los adolescentes, de los mencionados beneficios penitenciarios, concebidos para los adultos, se basan en lo dispuesto en él. Pero se olvidan de varios aspectos, especialmente de que, la libertad condicional ni la redención de penas son garantías, sino beneficios cuya concesión es discrecional del juez de ejecución de adultos. Al efecto, dice el artículo 500 del COPP: "La libertad condicional podrá ser acordada por el tribunal de ejecución" (p.210). Sin embargo, se entiende que una vez cumplidos los extremos exigidos por las referidas leyes para la concesión de los mencionados beneficios, el sentenciado adulto tiene el derecho de solicitar su otorgamiento, pero el juez puede negárselo, mediante decisión motivada.

La LOPNNA, tiene su propio sistema sancionatorio, mucho más ventajoso para el adolescente que los beneficios previstos en el COPP para los adultos. De hecho, es este sistema, lo que distingue la justicia penal de adolescentes de la de adultos. Es necesario recordar que al adolescente en los aspectos sustantivos relacionados con el delito se le aplica el Código Penal (CP) y que, en cuanto a lo procesal, la LOPNNA donde se adopta un sistema (el acusatorio) y un procedimiento (garantista) similar al del COPP.

En cambio, el sistema sancionatorio de la LOPNNA, se constituye con medidas de corta duración y que, además, por mandato legal serán revisadas periódicamente por el juez de ejecución, para, si fuese el caso, modificarlas. Entre estas modificaciones estaría disminuir el tiempo impuesto al adolescente en la sentencia original, bastando para ello que dichas sanciones no cumplan con el objetivo para el que fueron impuestas el educativo por ser contrarias al desarrollo del adolescente.

Entonces, si la LOPNNA, ofrece más garantías que la legislación de adultos, se hace innecesario e indebido acudir a esta última, según Reyna (2008):

> En el sistema sancionatorio del CP se constituye de una pena para cada delito y tratándose de penas privativas de libertad su duración puede llegar a treinta (30) años. Una vez impuesta, es necesario que transcurra

por lo menos 2/3 partes de la pena, para que el sentenciado, de conducta ejemplar, aspire ser beneficiado con la libertad condicional, o que ejecute los trabajos y realice los estudios con las características exigidas por la Ley, para ser candidato a la redención de esa pena (p.49).

Por ello, no es procedente aplicar a los adolescentes los beneficios previstos para los adultos. Y si durante el curso de la ejecución de las referidas medidas, el juez verifica que no están contribuyendo o están obstaculizando dicho desarrollo, deberá modificarlas. Pero, cuando se trate de las medidas restantes, principalmente de la privación de libertad, se hace necesario el concurso de los técnicos para evaluar las áreas y los métodos de intervención, lo cual ocurre cuando se elabora el plan individual de ejecución.

Donde debe observarse, las carencias en la salud física y psicológica del adolescente, en su vida familiar y en las destrezas mínimas para ejercer su responsabilidad social. Y, una vez detectadas, se establecerán las estrategias y plazos para superarlas Artículo 633. LOPNNA:

La ejecución de las medidas privativas de libertad se realizará mediante un plan individual para cada adolescente.

El plan, formulado con la participación del adolescente, se basará en el estudio de los factores y carencias que incidieron en su conducta y establecerá metas concretas, estrategias idóneas y lapsos para cumplirlas. El plan deberá estar listo a más tardar un mes después del ingreso (p.190).

En el área de la salud, habría que actuar sobre la desnutrición, defectos físicos corregibles, enfermedades venéreas, problemas visuales, auditivos, en el área psicológica, habría que corregir trastornos de conducta, lograr un cambio de valores, reforzar actitudes positivas y autoestima, ayudar a los adolescentes a conocer sus limitaciones, orientarlos en sus relaciones interpersonales, enseñarles el manejo de

situaciones conflictivas, en fin, dotarlos de un repertorio de conductas que les permitan resistir a los estímulos criminógenos del medio.

En el aspecto social, habría que auspiciar, por lo menos, la adquisición o mejoría de un grado de instrucción, así como el perfeccionamiento de una profesión u oficio de acuerdo a la capacidad e interés del adolescente y al mercado laboral. En el área familiar, habría que brindar la orientación individual al adolescente, así como a los miembros de su familia, a fin de lograr una convivencia armoniosa y saludable Montero (2001), señala que: "Para educar al adolescente es necesario detectar, primero, cuáles son las áreas de su personalidad, de su vida que ameritan intervención y que estrategias adoptar para intervenirlas con éxito" (p.171).

Por último, la finalidad educativa se alcanza en la medida que se logre el desarrollo pleno de las capacidades del adolescente, y el indicador de ese desarrollo es la superación de las carencias detectadas durante la elaboración del plan inicial. Por lo tanto, la medida original no debe ser sustituida hasta tanto el plan no de resultados, hasta que se demuestre de forma inequívoca y consistente de la superación de las carencias inicialmente detectadas, el deseo firme del adolescente de vivir de acuerdo a las normas, de asumir su responsabilidad social como todo un ciudadano.

El programa de atención desde una perspectiva humanista en la medida de privación de libertad

En las Reglas de Beijing para la Administración de la Justicia de Menores que trata sobre la prisión preventiva y las alternativas a esta medida, establece que ésta se aplicará como último recurso y durante el plazo más breve posible. Además, siempre que sea conveniente se aplicarán medidas sustitutorias como: supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o institución educativa.

Las Reglas de Beijing tratan sobre la pluralidad de medidas resolutorias, dando cuenta de posibles medidas alternativas a la internación, al respecto señala García (2006), que:

Para mayor flexibilidad y para evitar, en la medida de lo posible, confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones.

Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicar simultáneamente, figuran las siguientes: órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; libertad vigilada; órdenes de prestación de servicios a la comunidad; sanciones económicas-indemnizaciones y devoluciones; órdenes de tratamiento intermedio otras formas de tratamiento; órdenes de participar en sesiones de tratamiento colectivo y en actividades análogas; órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; otras órdenes pertinentes (p.2).

Las alternativas a la internación que se vuelven parte constitutiva del paradigma que se construye desde la doctrina de la protección integral, invitan a los actores del sistema de protección legal, del sistema de protección jurídico y del sistema de protección social, a familiarizarse con las medidas alternativas para poder, desde ellas, avanzar en el sinceramiento de un sistema tradicional, que ha fracasado en la reintegración de adolescentes que han cometido delitos graves, y en lograr que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Entre quienes tienen responsabilidades en relación a los jóvenes actores de un acto infraccional privados de libertad, hay quienes tienen como meta de su programa de atención algo tangible, no utópico, como es contener a esos jóvenes en un espacio físico, dentro de cuyo perímetro se desarrolle un plan de actividades confiando que de esa forma el joven asumirá una función constructiva en la sociedad. Y hay para quienes su meta es lo utópico, algo que trasciende la cotidianeidad institucionalizada, y el desempeño del joven en el encierro.

Para ello, los programas deben tener criterios y principios que orienten con estrategias técnicas y programáticas, así como para los procesos de intervención que ejecutan los equipos de trabajo, según Binder (1993) ellos, deben estar basados en:

1. Niños, niñas y adolescentes sujetos de derecho, en el centro de las intervenciones, el reconocimiento pleno de derechos, más aún, establece que, dado el proceso de desarrollo en que este/a se encuentra y dado que, el niño/a debe estar plenamente preparado/a para una vida independiente en sociedad, se requiere de cuidados y asistencia especiales.

2. Construcción de autonomía progresiva para facilitar procesos de reinserción social. Este criterio amerita una particular consideración en los procesos de intervención, en función de confrontar visiones sobre el niño/a y adolescentes son personas en proceso de desarrollo y de construcción de su propia identidad como ciudadanos/as.

3. El componente educativo como eje central del modelo: Los sistemas de responsabilidad penal juvenil tienen la exigencia práctica de que toda medida, debe tener un fin relativo a la formación integral y a la reinserción del adolescente en su familia o grupo social de referencia, debiendo a su vez el sistema de justicia juvenil, hacer todo lo necesario para que este principio se cumpla efectivamente.

-Integralidad: Implica en primer lugar una mirada global respecto de ciertos áreas básicas, que constituyen al sujeto en toda su complejidad, a saber; lo cognitivo, lo emocional, lo corporal y lo relacional.

-Enfoque de calidad: El enfoque de calidad, está en relación directa con una sociedad que se comprometió a garantizar los derechos de todos/as, y en este caso particular los derechos del/la niño/a y/o adolescente.

-Reinserción social de los/as adolescentes infractores: La reinserción social de los adolescentes infractores no se puede plantear sino como un proceso también complejo, que involucra dimensiones múltiples que deben ser integradas en un todo coherente al momento de intervenir.

La reinserción social requiere, en primer lugar, que las penas impuestas a los/as adolescentes hagan posible o, al menos, no obstaculicen su proceso de inserción social. Señala Sánchez (2008) que:

> Tanto la ley como los instrumentos de política que se ha venido configurando, enfatizan el uso de salidas tempranas en los procedimientos que se sigan en contra de los adolescentes, la resolución alternativa de los conflictos, el uso preferente de las sanciones en libertad y el recurso a la privación de libertad sólo como medida de último recurso, por el tiempo más breve que proceda, y nunca cuando, por el mismo delito y en similares circunstancias, un adulto/a no deba cumplir una sanción de esa naturaleza (p.267).

Un segundo aspecto de la reinserción social en los programas de intervención se relaciona con la responsabilización del adolescente, la que puede expresarse tanto en una internalización del debido respeto a los derechos de terceros, como en una reparación en particular e incluso como una toma de conciencia respecto del impacto de la infracción en la vida del propio adolescente. Un tercer aspecto de la reinserción social se expresa en la necesidad de reparación del propio adolescente infractor/a. Como se dijo, este ha estado sometido a procesos de estigmatización, criminalización y vulneración de derechos en general, procesos que deben ser revertidos para lograr su reinserción social.

Otro asunto es que la reinserción requiere que el adolescente se vea favorecido por un proceso de habilitación, de desarrollo de competencias y habilidades personales requeridas para aprovechar eficazmente las oportunidades de inserción o integración social ofrecidas. Por último, las oportunidades de integración social ofrecidas al/la adolescente han de ser lo suficientemente sólidas y de calidad como para lograr una inserción social adecuada y duradera. En este sentido, y consciente de la importancia de esta dimensión, el legislador/a se ocupó especialmente de establecer en la ley estándares claros, objetivos y exigibles.

El caso del joven al cual, ante su primera infracción grave, se lo ingresa a un sistema de encierro o privación de libertad tiene, entre uno más de sus muchos riesgos, el de hacer creer que la privación de la libertad pueda preparar hombres libres, en ningún momento podrá olvidarse, además, que si el joven mantiene una sanidad psicológicamente elemental, su anhelo permanente será recuperar la libertad,

y que se servirá para lograrlo, tanto del cumplir las reglas que rigen el encierro como de no violarlas, con tal de verse nuevamente en la calle.

Por otra parte, en cuanto a la propuesta de intervención para la reinserción social, los programas de intervención de conductas asociadas a la delincuencia, en especial los programas de prevención, son básicamente de dos tipos: el primero dirigido específicamente al adolescente y el segundo dirigido a mejorar conductas y actitudes de los padres. Frente a estas alternativas, surge una tercera que se dirige a ambos padres e hijos en conjunto, afirma Reyna (2003), que:

> Entre las intervenciones dirigidas específicamente al adolescente, están las técnicas de entrenamiento cognitivo que apuntan a entrenar el comportamiento agresivo y antisocial del infractor para manejar cambios a nivel de familia, escuela y grupo de amigos, a través del entrenamiento en habilidades sociales, resolución de problemas, técnicas de autocontrol y manejo de impulsos (p.171).

Los programas dirigidos a mejorar conductas y actitudes de los padres, parten del supuesto de que la familia es la principal responsable de inculcar valores morales y normas de comportamiento social a los niños/as y adolescente, y cuando la familia no cumple con esta responsabilidad, ellos, tienen un mayor riesgo de desarrollar comportamientos antisociales. Por lo tanto, estos programas buscan entrenar el comportamiento de los padres para que aprendan a utiliza técnicas efectivas de disciplina.

En esta línea, las medidas socioeducativas debe tener como uno de sus ejes estratégicos en la capacitación de los operadores para la reinserción sociofamiliar y el fortalecimiento de sus competencias de intervención con el adolescente y sus familias, el cual debe tener como propósito contribuir a la reinserción sociofamiliar del adolescente en conflicto con la ley penal aportando en la reflexión y desarrollo de habilidades para la construcción de su proyecto de vida que cuente con metas realistas y posibles de ser alcanzadas según sus propias capacidades.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Las conclusiones del estudio se redactan a continuación:

1. Desde tiempos pretéritos las personas conocidas como menores de edad, desde la perspectiva social, cultural, convencional o legal que rige en una sociedad en un momento histórico determinado, han incurrido en hechos lesivos o que afectan intereses de otras personas, sólo que no siempre se les ha considerado responsables de sus actos, ocurriendo en oportunidades históricas, que quienes ejercían autoridad sobre los mismos, podían imponer castigos e incluso responder por sus actos, atendiendo a las previsiones observadas al respecto por algunas sociedades.

Con posterioridad, en la medida en que las sociedades fueron desarrollándose, comenzó a exigirse a todo ciudadano responsabilidades parecidas, de modo que los menores de edad fueron sometidos a sistemas persecutorios similares a los aplicados a las personas adultas, e incluso se les juzgaba y colocaba en los mismos centros de reclusión previstos para quienes siendo mayores de edad, incurriesen en hechos punibles.

Ese estado de cosas, determinó que se hiciese necesario revisar el trato hasta entonces proporcionado a los menores de edad, de modo que se reconociera su condición de persona con miras a proporcionar un trato adecuado a su condición de persona, que no había alcanzado la suficiente madurez y por ende necesitada de ser observado desde una visión diferente a la de los adultos.

Así las cosas, las personas que desde el punto de vista legal, no hayan alcanzado la mayoridad, están en capacidad de requerir del Estado, el respeto y garantía plena del goce y ejercicio de los derechos que les corresponde como seres humanos, con fundamento en la dignidad condición con la cual nace todo ser humano, obligando así a las estructuras estatales a asumir una posición de servidores

en beneficio de los ciudadanos y por lo tanto, no todo lo contrario, como ocurría en épocas superadas. De allí, surge el interés superior de los niños, niñas y adolescentes es un principio de protección jurídica en la aplicación del sistema penal de responsabilidad del adolescente, ello debido a que supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos derivados del principio de progresividad que alude a esta protección integral para el desarrollo integral y la calidad de vida adecuada.

Por ello, una correcta aplicación del principio, en sede judicial requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. De acuerdo a lo investigado, siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no solo considerando el número de derechos afectados sino también su importancia.

En ese mismo orden, debe señalarse que el interés superior del niño en el ámbito penal, debe regir todo proceso de justicia penal de la persona adolescente y garantizar un debido proceso adecuado a su edad y madurez. En un trato justo, el cual debe comenzar con el reconocimiento básico de que la persona adolescente imputada de haber infringido la ley tiene derecho a una protección especial y a las debidas garantías procesales. Este principio implica la individualización de la persona adolescente con una precisa determinación de sus características y necesidades personales, de manera que, tanto los actos procesales como las medidas y sanciones impuestas, sean ajustados a tales características y necesidades.

De esta forma, en el caso en estudio, donde es necesario acudir a la vía penal, se deben reconocer sus derechos humanos en el marco del respecto a la dignidad que le es consustancial y las garantías penales, procesales y de ejecución de que goza las personas adultas, además de las garantías particulares que derivan de su condición de niño, niña o adolescente, y que sólo proceden la privación de libertad en casos excepcionales, debiendo establecer el ordenamiento jurídico que rige tan especial materia la posibilidad de aplicar sanciones alternativas de tipo pedagógico y educativa.

2. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, su protección integral, para lo cual, se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan y se promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

3. La tarea del fiscal especial para el sistema de responsabilidad penal del adolescente es la de no sólo investigar y acusar de ser procedente, sino promover la justicia, defender los derechos de las personas a quienes se ha privado de su libertad, fiscalizar las cárceles y penitenciarías, entre otras. Además, debe existir un proceso contradictorio con participación del juez, el fiscal y el abogado defensor, cada uno de ellos representando el rol procesal que le corresponde para garantizar el debido proceso que el estado consagra en la CRBV.

4. En cuanto a los deberes y derechos de los niños, niñas y Adolescentes, se puede concluir señalando que la LOPNNA considera a los niños, niñas y adolescentes como personas, no como objetos, les permite opinar y participar en diferentes actividades de su interés, es decir, elimina el concepto de niño tutelado y les reconoce a todos los niños y adolescentes su condición de sujetos plenos de derechos con deberes y obligaciones, habilitados para demandar, actuar y proponer, se les considera personas con derechos y responsabilidades correspondientes a su edad y capacidad, bien sea con sus padres, en el hogar, en la escuela y con la sociedad en general.

Asimismo, están en la obligación de cumplir con sus deberes tales como honrar, respetar y obedecer a sus padres, representantes o responsable, siempre y cuando sus órdenes no violen los derechos y garantías de los niños y adolescentes; respetar los derechos y garantías de las demás personas.

5. Las sanciones que imponen a un adolescente, como el caso de la pena privativa de libertad, se admite únicamente cuando el adolescente haya resultado culpable de hechos punibles taxativamente dispuestos que son, por regla general, los de mayor significación social.

6. El adolescente sancionado tiene derechos, entre ellos al debido proceso que lo reconozca como sujeto social en la justicia penal juvenil. Es así como los

adolescentes deben ser informados, bien sea por los jueces, por sus defensores, o por algún programa específico, de los derechos que les asisten durante el cumplimiento de su sanción y de la forma de hacerlos valer. Así, se completaría de forma ideal, con el fomento y arraigo de una cultura de respeto a los derechos humanos, entre todos los integrantes del Sistema.

7. Las medidas cautelares privativas de libertad se caracterizan por su carácter no sólo preventivo, sino de aseguramiento y absolutamente excepcional, de modo que sólo deberán aplicarse en la medida en que sea necesario, y cuando el hecho cometido sea de tal gravedad que se requiera la privación de la libertad, razón por la cual sólo podrán aplicarse, cuando se sospeche gravemente que se ha cometido uno de los delitos contemplados en el parágrafo segundo del artículo 628 de la LOPNNA.

Un adolescente cuando comete un delito grave debe asumir su responsabilidad cumpliendo el castigo impuesto por la LOPNNA, ya que no se conoce cuales fueron las causas que llevaron a este menor a cometerlo, por lo general son psicopatías las que llevan al adolescente a realizarlo por lo tanto no debe cumplir con el mismo proceso judicial de un adulto.

Sin embargo, debe observarse que un adolescente no debe ser objeto del mismo castigo que se le impone a un ciudadano mayor de edad, las conductas de estos jóvenes en muchos casos son consecuencia de la formación en un hogar carente de valores, amor intrafamiliar y descuido por parte de los padres en la educación desde que son unos niños, por lo tanto no deben ser castigados de la misma forma que un adulto y durante la retención el adolescente debe ser educado y reformado para que no cometa más este tipo de comportamiento.

De esta manera el adolescente, debe ser castigado de acuerdo a los parámetros establecidos en la LOPNNA ya que en la mayoría de los casos asume esta conducta delictiva porque ha tenido problemas psicológicos en su formación, que lo llevan a cometer crímenes. Con la protección que recibe por parte de la LOPNNA, el adolescente siente más facilidad a la hora de convertirse en delincuente, porque sabe que el castigo que recibirá no será mayor y por esta razón nunca cesaran los crímenes si no se le educa al cumplir la sanción.

7. Las medidas sancionatorias, debe efectuarse previa observancia y acatamiento de principios propios del sistema especializado, la excepcionalidad de la privación de libertad, la necesidad y la racionalidad como fundamento para su dictamen, considerándose además, el poder discrecional, lo cual surge de interpretar su contenido lo que requiere del juzgador analizar el por qué en el caso concreto, en el cual corresponde la medida de privación de libertad y no de otro tipo de sanción, en atención al carácter excepcional que le atribuye la ley.

Frente a esta visión es menester tener claras las orientaciones del sistema, la finalidad de establecer la verdad y exigir responsabilidad al adolescente, de comprobarse la participación en el hecho, procurando dotarle de herramientas necesarias para asumir las consecuencias de sus hechos, dada su condición de persona en proceso de desarrollo.

De esta forma, en el entendido que el adolescente pueda estar incurso en hechos delictivos, es por lo que con criterio realista el legislador previó no sólo el procedimiento penal aplicable, sino las acciones a tomar para no sólo establecer su responsabilidad, sino para imponer la sanción correspondiente y ejecutarla debidamente, tomando como fundamento serio para ello, el Interés Superior del Niño, debido a que se trata de una persona en proceso de formación, lo que a su vez, determina el carácter revisable, tanto de las medidas cautelares como de la Sanción impuesta, pero sin dejar de tomar cuenta la visón penal.

Recomendaciones

Las recomendaciones de la investigación se redactan a continuación:

-La privación de libertad en la LOPNNA, en únicamente aplicable en caso de delitos graves previstos en el artículo 628 literal a de la LOPNNA o en caso de reincidencia o incumplimiento de las sanciones tal y como lo señalan los literales b y c de la misma norma, por ello no se debe dictar fuera de estos casos.

-La privación de libertad exige de una determinante labor por parte del Juez, quien tendrá la obligación, no sólo de motivar la sentencia en cuanto a los hechos, la

autoría, sino que además, deberá obedecer a las pautas para aplicar la sanción al adolescente en conflicto con la ley penal.

- El juez debe tomar en cuenta, el Interés Superior del Niño, ello como un mecanismo de equilibrio ya que no debe servir de instrumento para la impunidad.

-La sanción aplicada deberá obedecer a criterios de raciocinio, idoneidad, adecuación y proporcionalidad, permitiéndosele al Juez sólo visos de cierta discrecionalidad; dentro del cual se conjugan criterios referidos al Derecho Penal del Acto y Derecho Penal de Autor, dadas las características especiales del perseguido penal.

-El juez debe tener una especial formación para aplicar las sanciones que se aplican atendiendo a la necesidad de intervención que tiene el adolescente, tomándose en cuenta para ello, tanto la magnitud del hecho cometido, sus características, como aquellas relacionadas con el mismo autor del hecho, que como se ha indicado, es una persona en proceso de desarrollo, sin embargo no debe dejar de tomarse en cuenta la visón penal, donde el adolescente es culpable de quitarle la vida a una persona lo que atenta contra la convivencia social.

-La aplicación de las medidas cautelares requiere observar una serie de requisitos, como el fumus bonis Iuris y el periculum in mora, en cada una de ellas, privativa o no de libertad, para asegurar las resultas del proceso.

-La privación de libertad como sanción debe perseguir como finalidad, el de hacer comprender al adolescente, lo reprochable de sus actos, su responsabilidad en los hechos, y fundamentalmente la gravedad de la conducta en la cual se encuentra incurso. Las medidas cautelares aplicadas al adolescente durante el desarrollo del proceso legal deben garantizar la consideración del adolescente como sujeto de derechos humanos, se propicia garantizar a todos los participantes en el proceso, los derechos constitucionalmente reconocidos.

-Se debe brindar al adolescente las mismas garantías procesales previstas para los adultos. Las medidas cautelares privativas de libertad y la privación de libertad como medida o sanción definitiva no escapa de esta orientación inserta a lo largo del sistema y de la actuación de sus instituciones, razón por la cual, de cometer el

adolescente, un delito de los considerados graves en la LOPNNA, conforme al artículo 628 de la misma, se aspirará la transformación del modelo conductual del autor del hecho, razón por la cual, su aplicación y cumplimiento requiere de mayores esfuerzos y mayor vigilancia que los previstos para otro tipo de delitos y medidas o sanciones.

-La elaboración del plan individual, debe dotar las herramientas necesarias, para que el adolescente en conflicto con la ley penal pueda reincorporarse en forma exitosa a la vida social y al entorno familiar, Para ello, los programas deben tener criterios y principios dirigidos a considerar el adolescente como: (a) sujeto de derecho; (b) la construcción de autonomía progresiva para facilitar procesos de reinserción social; (c) el componente educativo como eje central del modelo de intervención: (d) la Integralidad y (e) un enfoque de calidad todo ello para la reinserción social de los/as adolescentes al vida social en forma exitosa.

- El Juez de ejecución debe mantener una continúa vigilancia, no sólo de los derechos de los cuales está dotado el adolescente, sino garantizar la efectiva ejecución de dicha sanción, razón por la cual se hace menester su periódica revisión, a los efectos de verificar que cumple con los fines para los cuales ha sido aplicada y que la misma no es contraria al desarrollo del adolescente.

-La finalidad educativa se alcanza en la medida que se logre el desarrollo pleno de las capacidades del adolescente, y el indicador de ese desarrollo es la superación de las carencias detectadas durante la elaboración del plan inicial.

-Las medidas socioeducativas debe tener como uno de sus ejes estratégicos en la capacitación de los operadores para la reinserción sociofamiliar y el fortalecimiento de sus competencias de intervención con el adolescente y sus familias, el cual debe tener como propósito contribuir a la reinserción sociofamiliar del adolescente en conflicto con la ley penal.

Referencias

Álvarez., J (2007). *La protección del niño y el adolescente en el régimen laboral venezolano.* Caracas: Editorial Vadell

Arias, F. (2004). *Tesis & Proyectos de Investigación.* Venezuela: Editorial Episteme.

Barrios., N (2006). *Los Derechos del Niño y la LOPNNA.* Caracas: Editorial Vadell Hermanos.

Código Orgánico Procesal Penal (2009). Gaceta Oficial 5930 extraordinaria 4 de septiembre de 2009.

Cornieles., H (2007). *Comentarios a la LOPNNA.* Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Binder., A. (1995). *Menor Infractor y Proceso ¿Penal? Un modelo para armar en La Niñez y la Adolescencia en conflicto con la ley penal. El nuevo derecho penal juvenil para la libertad y la responsabilidad.* San Salvador: Editorial Hombres de Maíz.

Bustos, J. (2001). *Imputabilidad penal en Derechos del Niño/a. Políticas para la Infancia.* Caracas: Tomo II. UNICEF.

Carranza., E. (1995). *El control social sobre niño/as, niñas y adolescentes en América Latina" en La Niñez y la Adolescencia en conflicto con la ley penal. El nuevo derecho penal juvenil para la libertad y la responsabilidad.* San Salvador: Editorial Hombres de Maíz.

Constitución Bolivariana de la Republica de Venezuela (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5453 (Extraordinaria), marzo 24, 2000.

Funes., J. (2006). *Delincuencia juvenil, justicia intervención Comunitaria en Derechos del Niño/a y Políticas para la Infancia.* Caracas: Tomo II. UNICEF.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (2009). *Informe sobre el estado mundial de la infancia.* Nueva York: UNICEF.

García., E. (2006). *La Convención internacional de los Derechos del Niño/a: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos.* Caracas: Editorial Panapo.

Grisanti, H (2010). *Manual de Derecho Penal.* Caracas: Vadell Hermanos.

Irazu, J (2002). Análisis de la Jurisprudencia *La Responsabilidad Penal del Adolescente.* Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello Vol. XXVII, Caracas.

Ley Orgánica para la Protección del Niño/a y del Adolescente. *Gaceta Oficial 5.859 Extraordinaria* 10 de Diciembre 2007.

Márquez., T (2007). La Defensoría del Niño. Caracas: Editorial El dorado

Montero., L (2001) *La Defensoría del Niño/a y el Adolescente.* Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello Vol. XXVII, Caracas.

Reyes., M (2008). *Estudio de la Ley Orgánica para la Protección del Niño/a y del Adolescente.* Trabajo de grado no publicado. Caracas Universidad Católica Andrés Bello.

Reyna., H (2003). *El entorno familiar del niño/a y la LOPNNA (2007)(2007).* Caracas: Editorial Panapo.

Sabino., C (2002). *La investigación.* Caracas: Editorial Panapo

Sánchez., M. (2008) *Consideraciones a la Ley Orgánica para la Protección del Niño/a y el Adolescente. Con especial referencia a la Responsabilidad Penal.* Caracas. Edición Primera. Editorial Buchivacoa, C. A. 2000.

Sandoval., M. (2006) *Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente en Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño/a y del Adolescente.* Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Seda., E. (2005). *El niño/a y la ley: Por una confluencia de saberes.* Buenos Aires: Rev. Sociedades y Política, N 3-4. Fundación Pibes Unidos.

Serrano, C (2001). *Funcionamiento de los Consejos de Protección del Niño/a.* Caracas: Centro de Investigaciones Jurídicas. UCAB

Tamayo y Tamayo (1998). *El proceso de la investigación científica.* México: Noriega Editores

Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). (2010). *Manual para la elaboración del trabajo especial de grado en el área de derecho para optar al título de especialista.* Caracas: UCAB.