

APUNTES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE SANCIONES PENALES JUVENILES EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

Por

MIGUEL CILLERO BRUÑOL
Doctor en Derecho
Universidad Diego Portales de Chile
Presidente del Centro Iberoamericano de Derechos del Niño

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Penal 30 (2018)

I. INTRODUCCIÓN: MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

En este documento, preparado para ser presentado en la I Conferencia Iberoamericana de Derechos del Niño organizada por el Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI) en Santiago de Chile, se revisan los criterios que contiene la normativa internacional para regular la definición del marco legal y el proceso de individualización judicial de la sanción a imponer a un adolescente condenado según la legislación especial penal juvenil.

El Derecho Internacional de Derechos Humanos, establece diversas normas relativas al Derecho Penal Juvenil (también denominado por estos instrumentos y por la doctrina como Derecho penal de menores o de adolescentes), dentro de las cuales se encuentran algunas destinadas específicamente a proveer criterios para la determinación de las sanciones penales a imponer a las personas que cometieran delitos antes de cumplir los dieciocho años de edad.

Estas disposiciones se encuentran contenidas en instrumentos internacionales de carácter general, sean universales o regionales - como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea - y en cuerpos específicos de infancia, como la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). También es posible encontrar, más allá del Derecho de los tratados, una serie de instrumentos especializados como las Reglas de Naciones Unidas o las Directrices y diversas normas europeas, que vienen a

complementar, desarrollar e interpretar las obligaciones y normas que del Derecho convencional se derivan para los Estados¹.

Desde un punto de vista general se observa que estas normas se dirigen tanto al legislador como al poder judicial. En términos amplios se puede afirmar que estos instrumentos contienen criterios o mandatos para la determinación a nivel legal de las sanciones (criterios vinculantes de *lege ferenda*) y estándares - que toman la forma de diferentes enunciados jurídicos, como principios o reglas - dirigidos a guiar el razonamiento del juzgador en el proceso de individualización de la sanción. Estas facultades judiciales deben ser ejercidas dentro del marco establecido por la legislación nacional e internacional.

La determinación judicial de la sanción debe, entonces, basarse en la correcta aplicación e interpretación de las normas legales internas y del Derecho internacional aplicable, atendiendo a la jerarquía de cada una de ellas, bajo el principio general de interpretación más favorable a la realización de los derechos del niño, expresamente consagrado en el artículo 41 de la CDN.

Un examen de la complejidad de las fuentes normativas sobre la materia conduce necesariamente a desarrollar un ejercicio hermenéutico que debe estar teleológicamente orientado hacia la máxima realización de los derechos y garantías del niño, entendidas éstas en un sentido amplio y no sólo restringido a las garantías penales. La Justicia Juvenil, si bien es parte del sistema penal, integra también del sistema de protección de derechos del niño recogido en el Derecho Internacional de Derechos Humanos.

En relación a la protección general de los derechos y del desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, la Convención Americana (artículo 19) y el PDCIP (artículo 24.1) reconocen en términos casi equivalentes *el derecho de todos los niños a las medidas de protección que por su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*. En un sentido similar el artículo 10.3 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, establece que *se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición*.

A nivel regional, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2013, establece las "primeras referencias pormenorizadas a los derechos del niño en el

¹ Esta doble vinculación de la respuesta penal frente a los actos penalmente relevantes cometidos por adolescentes con el Derecho Internacional, históricamente se presentó primero en forma fragmentada en los tratados generales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCIP) o la Convención Americana de Derechos Humanos, y luego en forma unificada y completa en las normas específicas relativas a otorgar una protección integral de los Derechos Humanos del Niño.

nivel constitucional de la UE², que vino a llenar una relativa omisión de una protección normativa específica y preferente a los niños a nivel del derecho de los tratados del sistema europeo. La norma más relevante es el artículo 24 que consagra los principios generales relativos a la protección de los Derechos del Niño:

Artículo 24: “1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.

3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”.

En América, la Convención establece en el artículo 19 una norma protectora general del siguiente tenor: “*todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”. Esta disposición, según lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe ser interpretada de un modo que esta protección comprenda todas las normas del llamado *corpus iuris internacional de protección de los derechos de los niños*, cualquiera que sea su origen normativo³.

Específicamente sobre la Justicia Penal en el espacio de las Naciones Unidas, debe considerarse lo dispuesto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que en sus artículos 10.2 b), 10.3 y 14.4 establece un tratamiento separado para los adultos y las personas menores de edad, disponiendo expresamente que estos últimos “serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica” y que “en el procedimiento

² “Manual de Legislación Europea de Derechos del Niño”, FRA, Consejo de Europa, 2015, p. 21. Pese a este déficit de derecho convencional, el TEDH había avanzado en la aplicación de todas las garantías a las personas menores de edad en aplicación del principio de no discriminación y se había desarrollado una numerosa normativa interna de la UE en relación a la protección de la infancia y en específico, como se verá, en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil.

³ La Corte Interamericana en *Villagrán Morales y otros Vs Nicaragua* destacó la existencia de un “muy comprensivo corpus iuris de derecho internacional de protección de los derechos de los niños” (del cual forman parte la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana), que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones que ha asumido el Estado a través del artículo 19 de la Convención Americana, en particular al precisar las “medidas de protección” a las que se hace referencia en el mencionado precepto, Véase en el mismo sentido CIDH: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño OC-17/2002.

aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social”⁴.

De este modo, ya en el Pacto y en la Convención Americana se enuncian dos criterios que serán fundamentales para el sistema jurídico internacional: el principio de especialización de la Justicia Juvenil, que se entiende como una separación o diferenciación del sistema de respuesta penal de adultos, y la primacía en la intervención de la persecución de fines preventivo especiales positivos. Serán otras disposiciones del sistema normativo internacional las que irán desarrollando estos principios, primero en el ámbito de las Reglas, particularmente con la aprobación en 1985 por la Asamblea General de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (en adelante Reglas de Beijing o RB), y luego con la propia CDN.

La CDN, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989, es en este sentido el texto jurídico fundamental, ya que establece en un solo cuerpo, tanto el estatuto general de protección prioritaria de los derechos y del desarrollo de todos los niños, niñas y adolescentes (artículos 2.3 y 27 CDN, entre otros), como el conjunto de principios, garantías y normas que deben estructurar una Justicia penal juvenil especializada y limitada de un modo más estricto que la Justicia penal de adultos (artículos 37 y 40).

Desde un punto de vista sistemático es posible sostener que para la articulación de un sistema penal juvenil adecuado a los estándares de la CDN, es necesario incorporar conjuntamente los componentes de protección general de los derechos y los de limitación y garantía ante la persecución penal. Para cumplir este objetivo, tanto la normativa como la jurisprudencia internacional, han recurrido a la idea de finalidad de la intervención penal como concepto que pueda integrar estos dos elementos del sistema

Así, ya en el PDCIP se establece la importancia de la *readaptación social*, y en la CDN se establece directamente *la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad* (artículo 40.1), enunciados que claramente apuntan a estructurar la respuesta penal juvenil estatal a partir del fin de protección de los derechos y desarrollo del niño.

Se volverá sobre la relevancia de estas ideas en la sección III, relativa a los fines de la intervención penal en relación a la ponderación de elementos teleológicos con la gravedad del injusto y las condiciones particulares del autor.

⁴ En un sentido similar véase el artículo 5 números 5, en relación al 5.6 sobre finalidad de las penas de la Convención Americana de Derechos Humanos.

II. MANDATO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y DEBER DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES QUE IMPONEN SANCIONES PENALES ADOLESCENTES

Uno de los objetivos específicos más relevantes de la conferencia científica en la que se presenta este documento es concordar criterios sobre la forma de ponderar - en la fase de determinación judicial de las sanciones penales juveniles - las consideraciones relativas a la gravedad del injusto penal con las condiciones específicas - jurídicas, personales y sociales- de los adolescentes infractores.

En este sentido, el presente informe pretende aportar una determinada comprensión del modo en que la normativa internacional *debe* guiar este ejercicio de formulación - legal y judicial- de los estándares para realizar esa ponderación, de un modo que resulte acorde con los principios, garantías, derechos, reglas y directrices del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁵. Ha de advertirse desde ya que este *deber* plantea problemas conceptuales y prácticos de aplicación que se derivan tanto de la formulación de las normas internacionales, como del proceso racional de toma de decisiones en sede judicial penal.

En una primera dimensión - que creo resulta pacífica en la doctrina- es posible sostener que la normativa internacional *debe* guiar este ejercicio, en cuanto los enunciados jurídicos particulares de este *corpus iuris* tengan una inequívoca y clara función limitadora y vinculante del legislador y del juzgador; por ejemplo, cuando en diversos tratados se establece la prohibición absoluta de la imposición de la pena de muerte por delitos aún gravísimos cometidos por adolescentes, estamos en presencia de una regla que establece un límite a legisladores y jueces que no puede incumplirse sin violar de modo grave y directo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ni legislador, ni juez alguno tiene facultades para establecer esa pena a delito alguno cometido por un adolescente.

En una segunda dimensión, más difusa y polémica, las normas internacionales, provenientes ya sea de los tratados o de otras fuentes del Derecho Internacional, son formuladas de un modo diferente que se puede caracterizar como una orientación obligatoria que restringe la actuación legislativa y judicial a favor de determinadas soluciones específicas por sobre otras, de modo que limitan severamente los espacios de discrecionalidad de legisladores y jueces, sin anularlos. Complementariamente, exigen que el uso de esas facultades discrecionales de legisladores y jueces, se ejerzan

⁵ La cuestión general sobre la interpretación, clasificación jurídica y aplicación en sede judicial de los diferentes enunciados jurídicos contenidos en el Derecho Internacional - que pueden tomar formas entre otros de principios, garantías, reglas, reglas de fin y directrices - no puede ser abordada en este documento.

de un modo fundamentado y de conformidad a la normativa internacional. Esta exigencia se dirige con mayor intensidad al juez, en la medida que se conecta con el derecho del condenado a la debida fundamentación de la decisión judicial que le impone una sanción penal, y es considerada como una obligación que proviene directamente de la garantía del debido proceso.

No corresponde aquí ahondar sobre el alcance de la obligación de motivación como garantía del condenado y legitimidad de las decisiones judiciales, criterio reconocido ampliamente, por la legislación y jurisprudencia nacional e internacional y la doctrina⁶. En el ámbito internacional la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostienen que el deber de motivar las sentencias se desprende de la garantía del debido proceso (artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos)⁷.

Al interpretar, por ejemplo, el artículo 37 de la CDN que establece que la privación de libertad deba ser considerada un último recurso, se debe tomar en cuenta que es un mandato que debe ser cumplido por el legislador debiendo incorporar preceptos expresos para asegurar su concreción en sede judicial. Así, generalmente, la legislación penal si bien acota el rango de las legítimas decisiones judiciales, mantiene espacios de

⁶ Una excelente síntesis doctrinaria de la evolución de la garantía y su consagración legislativa en FERRAJOLI, L.: "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal" Ed Trotta, Madrid, 1995. Ferrajoli quien califica al deber de motivación como una garantía de segundo grado o garantía secundaria de las garantías primarias (p. 616), que se constituye en una "garantía de cierre del Sistema de Garantías" (p. 622) que permite distinguir entre modelo opuestos de derecho penal, "entre cognocitividad y decisionismo penal, entre verdades y valoraciones, entre garantismo y sustancialismo penal" (p. 623); para el tema que nos ocupa, y específicamente sobre la normativa internacional, ver un desarrollo exhaustivo y riguroso para el derecho chileno en NUÑEZ OJEDA, R. y VERA VEGA, J.: "Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el derecho penal adolescente chileno", Polít. crim. Vol. 7, Nº 13 (Julio 2012), Art. 5, pp. 168 - 208 y CILLERO BRUÑOL, M.: "Proporcionalidad y Fines de la Sanción Penal Adolescente: Consideraciones para la Aplicación del Criterio de Idoneidad de la Sanción", en Estudios de Derecho Penal Juvenil I, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009, pp. 137-171

⁷ Así la jurisprudencia de la CIDH estableció recientemente, acogiendo su doctrina anterior, que "el deber de motivación es una de las 'debidamente garantías' incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso"; que la motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión" y que "conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión, señalando expresamente que "la relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas y que "la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa" y la "presunción de inocencia", Caso V.R.P., V.P.C y otros Vs. Nicaragua, Sentencia de 8 DE MARZO de 2018, nºs 254-256, citando entre otros Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenciada 21 de noviembre de 2007. A nivel europeo sienta las bases la Sentencia "Hadjianastassius" del 16/12/1993 que luego siguen entre otras mismo criterio: "Ruiz Torija" (1994), "Zoon" (2005) y "Bochan" (2007).

discrecionalidad⁸ que, a su vez, deben ser utilizados por los jueces con razonamientos que interpreten y apliquen, dentro del marco legal, este mandato específico. Estas decisiones deben ser susceptibles de control -constitucional, convencional y legal - y esto es posible sólo si se cumple con el deber de motivación de la sentencia.

Serán este segundo tipo de enunciados jurídicos a los que se dedicará una mayor atención en este artículo, en la medida que la normativa internacional no sólo es de aplicación obligatoria, sino que posee en esta materia cierto desarrollo normativo y jurisprudencial.

Como advierte SILVA SÁNCHEZ, hay una importante tarea dogmática que realizar por la legislación y doctrina en cuanto “no puede dudarse de que el juez hace política criminal; de modo especial en la individualización de la pena... pero debería huirse de la tentación de pensar que ésta ha de ser una política criminal directa, esto es, en la que se consideraran de modo inmediato los fines del Derecho penal. Precisamente en un contexto así, para evitar el intuicionismo, el puro decisionismo o, sin más, la arbitrariedad, es preciso que esa política criminal se canalice por vías dogmáticas. Esto es, que, en la medida de lo posible se traduzca en reglas y no se quede en el plano de los principios”⁹.

Como se verá en las siguientes secciones, el derecho internacional en relación a la determinación de la sanción penal de los adolescentes, entrega sólo orientaciones teleológicas, algunos criterios generales, enunciados como principios, y cuatro reglas específicas para resolver cuestiones límites (prohibición de aplicación de pena de muerte, prohibición de prisión perpetua sin derecho a excarcelación, prohibición de penas crueles inhumanas o degradantes y ejecución separada entre adultos y personas menores de edad). Por ello, los esfuerzos de construir una estructura dogmática de justificación, quedan entregados en primer lugar al legislador nacional, y en segundo término a la jurisprudencia y, en lo que le corresponde, a la doctrina especializada.

Este ejercicio permitirá estructurar argumentativa y dogmáticamente una teoría de la determinación de la pena, que puede entenderse “como teoría de la concreción del contenido delictivo del hecho (que) implicará, a la vez, el establecimiento del quantum de su merecimiento y necesidad (político-criminal) de pena”¹⁰.

⁸ Una completa referencia a las diferentes teorías sobre este espacio de discrecionalidad en SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *InDret*, 2, 2007.

⁹ *Ídem*, pp. 4-5.

¹⁰ *Ibidem*, p. 6.

III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES ESPECÍFICOS SOBRE FINALIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL Y SU RELEVANCIA PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL

En esta sección se examina la cuestión de la existencia o no en la normativa internacional de estándares de carácter teleológico que sea necesario seguir, o -al menos- criterios que puedan iluminar el proceso de determinación judicial de la sanción penal adolescente

Para poder comprender mejor a qué se hace referencia en la normativa internacional con el criterio de finalidad de la intervención penal, se puede recurrir a la distinción desarrollada por la doctrina penal entre fines generales del sistema (fines del Derecho penal juvenil) y los fines o funciones específicas de las consecuencias jurídico penales (fines de la pena juvenil, entendidos según la tradicional distinción entre retribución y diferentes formas de prevención general y especial)¹¹.

En general la doctrina y la normativa internacional le otorgan al sistema penal de adolescentes un vínculo simultáneo con tres finalidades: la protección de bienes jurídicos - en términos político criminales formulada generalmente como reducción del delito o de la reincidencia -; un estatuto de garantías frente a la persecución penal estatal; y la protección del desarrollo e integración social de los adolescentes¹². En el ámbito de la finalidad de las sanciones se utilizan conceptos como integración social o readaptación social, que se vinculan con lo que en doctrina se denomina como prevención especial positiva o resocialización.

Para graficarlo en el ámbito normativo internacional, se puede citar lo dispuesto ya en 1985 por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, que señalan que *“la Justicia de Menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá*

¹¹ Sigo en esta distinción a ROXIN, C.: “Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos de la Teoría del Delito”, Ed. Civitas, 1º ed. 1997, reimpresión Madrid, 2001, p. 81: “si el Derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento del orden social... sin embargo, con ello, no está decidido, sin más, de manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del Derecho penal. A esta pregunta responde la teoría sobre el fin de la pena, la cual ciertamente, siempre tiene que referirse al fin del Derecho penal que está detrás (algo que muy a menudo no se toma en consideración). En un sentido levemente diferente, Silva Sánchez, sostiene que desde una perspectiva teleológica, se puede distinguir entre “los fines de la pena, lo punitivo; los fines del Derecho, lo garantístico; y el complejo de fines en tensión del Derecho penal a los que habrá que considerar conjuntamente” SILVA SÁNCHEZ, JM.: “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, Ed. Bosch, Barcelona, 1992. pp. 180 y 193.

¹² Ampliamente el desarrollo de estos conceptos en CILLERO BRUÑOL, M.: “Proporcionalidad y fines de la Sanción Penal de Adolescentes: consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad de la sanción”, Estudios de Derecho Penal Juvenil I, Defensoría Penal Pública, Santiago 2009, pp. 137-171.

administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.”(Regla 1.4)

La Regla 1.4 es particularmente aguda al concebir la justicia juvenil como una parte integrante del proceso global de promoción y protección de los derechos de los niños (desarrollo nacional), que deberá “administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores”, es decir, que han de basarse en el principio de igualdad de oportunidades de desarrollo e integración social de todas las personas menores de 18 años. Con lo anterior, parece establecerse que la comisión de actos delictivos no debiera justificar restricciones a los adolescentes que impidan su desarrollo, debiéndose en consecuencia adecuar las respuestas penales juveniles de modo de hacerlas compatibles con estas exigencias generales de protección a la niñez y adolescencia contenidas en el sistema jurídico general.

Las Reglas prescriben, entonces, que los fines y justificación del sistema penal de adolescentes - no sólo de las sanciones - deben ser concordantes con una política general de protección de los derechos de los adolescentes cuya justificación se encuentra más allá del Derecho penal. Estas razones - que las Reglas expresan como “justicia social”- remiten en último término al respeto a la dignidad humana de los adolescentes y como tales se erigen en límites de la sanciones, pero no pueden ser nunca el fundamento, motivación o justificación de éstas.

En otras palabras, el respeto a la dignidad del sancionado - de la cual forman parte sus necesidades de desarrollo personal e integración social - no pueden ser esgrimidos como fundamento del castigo penal, sino que como su límite; por tanto, al momento de establecer las penas en la ley, o de determinar la naturaleza y extensión de la sanción penal en sede judicial, estos criterios sólo pueden servir para moderarla o atemperarla.

Una vez asentada esta interpretación se puede comprender mejor el alcance limitador de las referencias a la prevención especial positiva o a la educación como un fin prioritario entre los fines de la sanción penal de los adolescentes, que es diferente a una justificación de la intervención basada en el ideal de rehabilitación de origen angloamericano. En este sentido, las referencias expresas del PDCIP y la Convención Americana a los fines de readaptación social que deben perseguir las sanciones, deben entenderse como una obligación estricta que limita el ejercicio de la potestad punitiva que deben realizar el legislador y el juez dentro de sus espacios específicos de competencia. Esta limitación debe llevar necesariamente a que el razonamiento judicial se base en una *ponderación* de estos fines con los demás elementos teleológicos ya señalados.

Las normas internacionales no toman una posición definitiva sobre este debate, y explícitamente en las Reglas de Beijing (comentario oficial al N° 17) se expone que *"el principal problema con que se tropieza al elaborar directrices para la resolución judicial en casos de menores estriba en el hecho de que están sin resolver algunos conflictos entre opciones fundamentales, tales como los siguientes: 1. Rehabilitación frente a justo merecido; 2. Asistencia frente a represión y castigo; 3 Respuesta en función de las circunstancias concretas de cada caso frente a respuesta en función de la protección de la sociedad en general; 4. Disuasión de carácter general frente a incapacitación individual.*

Frente a este problema, se establece que *"[n]o incumbe a las presentes Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores prescribir el enfoque que haya que seguir, sino más bien determinar uno que esté en la mayor consonancia posible con los principios aceptados a escala internacional. Por consiguiente, los elementos fundamentales contenidos en la regla 17.1, especialmente en los incisos a y c, deben considerarse principalmente como directrices prácticas para establecer un punto de partida común; si las autoridades pertinentes actúan en consonancia con ellas (véase también la regla 5), podrán hacer una importante contribución a la protección de los derechos fundamentales de los menores delincuentes, especialmente los derechos fundamentales a la educación y al desarrollo de la personalidad"*.

En síntesis, las Reglas, en lugar de tomar partido específico por alguno de los fines de las penas desarrollados por la teoría penal, sitúan el problema en la consecución de la finalidad específica del sistema de derechos humanos, cual es la protección de los derechos fundamentales.

Este mismo enfoque sigue la CDN, al estructurar sus disposiciones penales orientadas hacia el respeto de la dignidad humana y la protección integral de la infancia y su desarrollo, tal como se especifica en el No. 1 del Artículo 40, que contiene una magnífica síntesis de la doctrina de la Convención respecto de las personas menores de dieciocho años que entran en contacto con la ley y el sistema penal:

"Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño que sea considerado, acusado o declarado culpable de infringir las leyes penales a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de terceros y en las que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad"

Esta disposición entrega una clara orientación acerca de los límites de la acción estatal y las finalidades de la intervención penal en sede legislativa y jurisdiccional: i) las sanciones penales adolescentes del acto infractor se ligan indisolublemente al derecho del niño a la protección de su integridad y desarrollo; ii) la respuesta penal en su conjunto debe promover el comportamiento legal (respeto a los derechos y libertades de terceros); y iii) la pena juvenil, incluida la privativa de libertad, no debe devastar la vida futura del adolescente, sino que promover, en la medida de lo posible su integración social y favorecer las oportunidades del adolescente para ejercer sus derechos e integrarse a la sociedad.

Asimismo, el principio de respeto a la dignidad humana se expresa en la prohibición de la aplicación de penas crueles, inhumanas o degradantes, la pena de muerte y la prisión perpetua sin posibilidades de excarcelación (Artículo 37 a) CDN).

Como se dijo anteriormente, el Derecho convencional, tanto en la CDN (artículo 40.1) como en el PDCIP (artículo 14), estructura la respuesta penal juvenil a partir de la idea de finalidad de la intervención penal. Este concepto consideraría en nuestra opinión tanto los fines generales del sistema (fines del Derecho penal juvenil), como los fines de las consecuencias jurídico penales (fines de la pena juvenil). La incorporación explícita de esta dimensión teleológica deberá ser considerada como un estándar en el proceso legislativo y judicial para la determinación de la sanción penal adolescente.

Por su parte, hemos afirmado que la definición sobre los fines del Derecho penal juvenil y de sus sanciones es un asunto que queda entregado fundamentalmente al legislador, quien debe orientar y limitar su actuación en atención a principios constitucionales y aquellos pertenecientes al Derecho Internacional de Derechos Humanos relativos a los límites y fines. No cabe, entonces, al juez definir en sus sentencias los fines del sistema penal ni de las consecuencias penales que la ley contempla, pero es también claro, que el respeto a esos límites y la consecución de determinados fines legítimos deben guiar el razonamiento judicial al momento de imponer una sanción específica al adolescente y esas consideraciones deben ser parte de la fundamentación de su decisión.

En este sentido, la determinación judicial de las sanciones penales adolescentes es un ejercicio de interpretación y aplicación de las normas penales cuyo razonamiento se encuentra inserto en el marco de la llamada *dialéctica entre culpabilidad y prevención*, según la cual, de acuerdo a Roxin, “aunque se mantiene la idea que la pena supone culpabilidad y que también es limitada en su magnitud por ella; (...) no (se) acepta ya que un comportamiento culpable exija siempre una pena, sino que es necesario que

concurrán, además, razones preventivas adicionales a la culpabilidad para justificar la imposición y determinación de la pena”¹³.

Se trata, en definitiva de proponer que el razonamiento judicial para la determinación de las sanciones penales adolescentes, como de toda pena, debe guiarse conjuntamente por el establecimiento del “*quantum* de su merecimiento y necesidad (político criminal) de pena”, valoración que debe hacerse a partir de una construcción sistemática de una teoría del delito en que sus categorías se encuentran abiertas a consideraciones de política criminal y atendiendo a las “finalidades preventivas y de garantía que legitiman el recurso al Derecho penal”¹⁴

Por su parte, también debe tenerse en cuenta que puede producirse una contradicción entre los fines que la normativa internacional establece y las leyes nacionales, conflicto que puede ser resuelto por el sistema judicial ejerciendo el control de convencionalidad de acuerdo a las reglas de competencia sobre la materia contenidas en las leyes nacionales o bien directamente por las Cortes Internacionales.

Para abordar sistemáticamente los fines que el Derecho Internacional le atribuye a la Justicia Juvenil examinaremos la doctrina emanada del Comité de Derechos del Niño sobre la materia, en particular la OG 10 (*Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores*, 2007), que establece en su sección III los *principios básicos de una política general* sobre Justicia de Menores.

Como se verá a continuación, la OG 10 no desarrolló sistemáticamente una interpretación que entregue elementos nuevos para avanzar en la articulación de una dogmática de la normativa internacional en relación a los fines del Derecho penal y de las sanciones, que permita guiar la función legislativa y judicial dirigida a la determinación de las sanciones penales adolescentes. El Comité en su OG no provee una construcción argumentativamente fundada que permita definir un conjunto sistemático de principios y reglas que orienten, desde la normativa internacional, la actividad legislativa y judicial, sino que más bien, elabora comentarios y reafirma las prescripciones ya contenidas en la Convención.

¹³ ROXIN, C.: “Concepción Bilateral y Unilateral del Principio de Culpabilidad” contenido en EL MISMO: “Culpabilidad y Prevención...” Ed. Reus, Barcelona 198, pp. 187 - 200, p. 189.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La teoría de la determinación...” ob. cit. p. Siguiendo de cerca la *teoría de la proporcionalidad con el hecho*”, desarrollada por Von Hirsch y Jareborg; Schünemann y Hornle. En palabras de Silva Sánchez: “el hecho de que la única política criminal que deba realizar el juez sea la que discurre por el cauce de las categorías dogmáticas no implica dejar de atender a los criterios preventivos. Ello, porque precisamente dichas categorías dogmáticas pueden y deben ser reconstruidas en clave político-criminal considerando las finalidades preventivas y de garantía que legitiman el recurso al Derecho penal. La teoría del delito se configurará así como un sistema de reglas que permiten establecer con la mayor seguridad posible el sí o no de tales merecimiento y necesidad de pena. Y la teoría de la determinación de la pena como teoría de la concreción del contenido delictivo del hecho implicará, a la vez, el establecimiento del *quantum* de su merecimiento y necesidad (político-criminal) de pena.”

Por ello se limita a proponer algunos principios, extraídos de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, señalando que ellos constituyen una base jurídica mínima de carácter general que los Estados deben aplicar *sistemáticamente* (OG 10, N° 5), para diseñar y administrar la Justicia Juvenil.

En este sentido el aporte de la OG a la configuración del sistema es limitado y se podría haber esperado que avanzara más allá proponiendo, al menos las bases para realizar esa aplicación sistemática que exige a los Estados. Los principios que establece la OG son: no discriminación, interés superior, respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, respeto a la opinión del niño y dignidad; haciendo expresa mención a los artículos 37 y 40 de la CDN.

A continuación se revisarán los principios de no discriminación e interés superior según se desarrollan en la OG y en otras normas internacionales, y se realizará una aproximación doctrinaria sobre criterios para su aplicación.

a) No discriminación. El mandato de *igualdad de trato y la finalidad de las sanciones penales adolescentes*.

El Comité, enuncia como principio general que “*los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad de trato de todos los niños que tengan conflictos con la justicia*” (N°6) y luego se limita a señalar casos específicos de incumplimiento del mandato de no discriminación referido fundamentalmente a grupos vulnerables (N°6), a exclusiones en el ámbito del acceso a la educación o al trabajo (N° 7) y al establecimiento de tipos penales sólo para personas menores de edad que no son aplicables a los adultos como el vagabundeo, la escapada del hogar o la vida en la calle (N°s 8 y 9).

La respuesta a la pregunta más relevante en el ámbito de la determinación de sanciones penales adolescentes sobre cómo asegurar la *igualdad de trato* entre todos los niños frente al sistema penal, no es abordada por el Comité en su Observación General.

En un sentido similar, pero con una formulación más general y menos casuística las Reglas Europeas para Infractores Menores de Edad Sometidos a Sanciones o Medidas (la Recomendación CM/R(2008)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en adelante RE 2008)¹⁵, establecen que “*Las sanciones o medidas se impondrán y aplicarán sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, orientación sexual, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna,*

¹⁵ Una completa explicación y comentario de las Reglas en DÜNKEL, F Y CASTRO MORALES, A.: “ Revista Digital de la Maestría de las Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, N° 4, 2012, pp 93-122.

nacimiento o cualquier otra situación (principio de no discriminación, Nº 11)”.

La consideración de las normas internacionales al principio de igualdad y, en consecuencia, al de la justicia, dicen relación con la necesidad de equilibrar el principio de adecuación de la sanción al caso concreto. Para evitar que el recurso a los fines y condiciones personales y sociales de los adolescentes condenados se convierta en arbitrariedad, es necesario volver a afirmar el principio de igualdad y, en particular, según se dirá, con la noción más general de proporcionalidad, entendida en sentido amplio¹⁶. La satisfacción de la garantía de proporcionalidad puede ser entonces la medida o rasero con la cual valorar si una sentencia respeta o no el principio de igualdad.

Esta relación entre igualdad, adecuación individualizada de la sanción y proporcionalidad, se puede desprender directamente del texto de la CDN, al interpretar conjuntamente los artículos 2, 37 y 40 y habría sido deseable que el Comité hubiera profundizado en dicha articulación sistemática.

Más explícita, en cambio es la Corte Interamericana, en cuya sentencia Mendoza y otros Vs Argentina afirma reiteradamente el criterio según el cual “la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma” y que esta finalidad se refiere a la integración social (párrafos 16, 166 y 167), en línea con lo establecido en la Convención Americana y la Convención de Derechos del Niño.

En el párrafo 167 de la sentencia antes citada, concluye la Corte que la imposición de la prisión perpetua a personas menores de edad, viola la Convención Americana en su artículo 5.6 (finalidad de reforma y readaptación social de las penas), en relación al 1.1 (no discriminación) y 19.1 (protección de Derechos de los Niños). En este sentido la Corte para fundamentar su decisión recurre justamente a los tres elementos que hemos señalado: igualdad de trato, proporcionalidad y fines.

El principio de igualdad de trato se vincula también con el logro de la *seguridad jurídica*, valor fundamental en todo sistema de determinación de sanciones que se concreta a través de la vigencia del principio de *legalidad de la pena*. Este principio exige no solamente la definición estricta de las sanciones y sus presupuestos en la propia Ley, sino que, también, requiere que el *razonamiento*

¹⁶ Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio se sigue aquí de cerca a LOPERA MESA, G.P.: “Principio de Proporcionalidad y Ley Penal”, Centro de Estudios Político y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 171-172. Una discusión actualizada sobre la relación entre merecimiento y necesidad de pena en FRISCH, W.: “Delito y Sistema de Delito”, en WÖLTER, J. y FREUND, G. editores: “El Sistema Integral de Derecho Penal”, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 193-280, p. 224.

judicial que conduce a la individualización concreta de la sanción, se encuentre regulado legalmente y sometido a la obligación de fundamentación. Estas condiciones permiten el control y la deliberación pública sobre la actividad judicial, dejando atrás la idea que “quien enjuicia un hecho y decide en sede jurídica realiza, en última instancia, una pura opción arbitrara entre alternativas posibles, opción que no sería susceptible de un auténtico control”¹⁷.

A través de la construcción dogmática que asegure la igual aplicación de la ley, se trata, en palabras de GARCÍA AMADO, de “rescatar la práctica jurídica de la arbitrariedad judicial”, aplicando con este objetivo diferentes doctrinas, como la jurisprudencia de valoración, la tópica jurídica y la retórica. Estas doctrinas, señala GARCÍA AMADO, “participan de un punto de partida común: allí donde no es posible obtener verdades o certezas como consecuencia de meras operaciones lógicas, de la aplicación del método científico-natural, de intuiciones valorativas o de la pura emotividad, se impone la necesidad de construir permanentemente los criterios prácticos de lo justo en un proceso social de participación y diálogo, de constante intercambio de razones y justificaciones, de argumentación”¹⁸.

b) *El Interés Superior del Niño como consideración prioritaria o finalidad de la intervención penal en la Justicia Juvenil.*

El Comité de Derechos del Niño, señala que “en todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia retributiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública”(OG 10, Nº10).

El citado párrafo no aporta ninguna novedad, siendo quizás lo más valioso la referencia a que las diferencias de desarrollo de los niños en relación a los adultos,

¹⁷ GARCÍA AMADO, J.A.: “Del Método Jurídico a las Teorías de la Argumentación”, Anuario de Filosofía del Derecho, TIII, 1985 pp. 151-182, pp. 152-153.

¹⁸ GARCÍA AMADO, J.A.: ob. cit., pp. 152 - 153.

justifica su *menor culpabilidad*, cuestión relevante, ya que desarrolla una idea no explícita en la Convención, pero que no tiene vinculación lógica con el principio de interés superior. Finalmente, su referencia por vía de ejemplo a la primacía de ciertos fines y a la Justicia restitutiva también aparece como muy general y confusa.

La transcripción completa del único párrafo relativo al interés superior de la OG N° 10 de 2007 pone de manifiesto el escaso valor que su contenido representa en la propuesta de una articulación general de la Justicia Penal Juvenil que hace el Comité, y, en particular, su poca utilidad para desarrollar una teoría sistemática sobre la determinación de la sanción penal adolescente. Pareciera ser más bien una referencia obligada -casi ritual- que el Comité debía realizar porque todas las OG deben referirse a estos principios fundamentales. Incluso, la referencia de la OG de 2007 es bastante menos específica que las referencias al interés superior hecha por las Reglas de Beijing de 1985, especialmente en relación directa a la determinación de la sanción penal adolescente en su número 17.

Con todo, aunque para ello fuera suficiente la lectura del artículo 3.2 de la CDN, la OG deja en claro que las decisiones que se tomen en el ámbito de la Justicia Juvenil deben considerar de un modo prioritario el interés superior del niño, lo que incluye la determinación judicial de las sanciones.

Las RE 2008, en cambio disponen en su N° 5 que *“la imposición y la aplicación de sanciones o medidas se basarán en el interés superior de los infractores menores de edad, estarán delimitadas por la gravedad de los delitos cometidos (principio de proporcionalidad) y tendrán en cuenta la edad, el bienestar físico y mental, el desarrollo, las capacidades y las circunstancias personales del menor (principio de individualización) constatados, cuando sea necesario, mediante informes psicológicos, psiquiátricos o sociales”*.

En ese sentido estas Reglas, sitúan al interés superior como un sustento clave para la *imposición y aplicación de sanciones*, y esa referencia puede ser entendida a los fines de la Justicia Juvenil, siguiendo una larga tradición en la jurisprudencia internacional europea, que vinculan la prioridad del interés superior con una exigencia de la justicia o la equidad¹⁹.

La Corte Europea al resolver el caso V. Contra Reino Unido (TEDH, 79/1999, de 16 de diciembre de 1999), examinó el contenido de la legislación internacional relativa a los procedimientos y penas aplicables a personas menores de edad (sección III Textos Internacionales Aplicables). La Corte en esta sentencia reconoce que el *interés del*

¹⁹ Véase en este sentido CILLERO BRUÑOL, M.: “La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño”, en Justicia y Derechos del Niño N° 7, UNICEF, Paraguay, 2005, pp.97-103

menor, es un límite que debió ser considerado para restringir la publicidad del proceso, atendiendo expresamente al daño probado que la exposición pública produjo en el demandante, al ser juzgado en audiencia pública en una Corte de adultos (la Crown Court). El fundamento específico de este razonamiento de la Corte se deriva de la literalidad de la norma citada que exige expresamente ponderar entre los *intereses de los menores* y la publicidad, que es la única referencia al principio de interés superior del niño en el Convenio Europeo de 1950 aplicable al caso.

Sin embargo, con el desarrollo de la normativa europea, como se advirtió, el principio del *interés superior del niño*, ha pasado a ser, igual que en el sistema de protección de derechos del niño de las Naciones Unidas, un mandato de alcance general, al señalar en el artículo 24.2: “*En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial*”

Para resolver el caso citado la Corte recurre a las Reglas de Beijing y la Convención sobre los Derechos del Niño, reproduciendo expresamente, en el considerando N° 45, el comentario oficial de la Regla 17:

*“que el apartado b) del artículo 17.1, afirma que las soluciones estrictamente punitivas no son convenientes. Mientras que cuando se trata de adultos, y quizás también en los casos de delitos graves cometidos por jóvenes, las nociones de pena merecida y de sanciones adaptadas a la gravedad del delito pueden justificarse relativamente, en los casos de menores, **el interés y el porvenir del menor deben prevalecer siempre sobre consideraciones de ese tipo**”* (el destacado es nuestro)

En particular se declara la violación en este caso del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dispone una excepción a la publicidad relativa al interés del menor:

*“La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando **los intereses de los menores** o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.* (el destacado es nuestro)

Aclarando la vinculación entre equidad y prioridad del interés del niño, Lord Reed al justificar su voto señala:

“Los asuntos relativos a niños acusados de infracciones penales conllevan, por lo tanto, consideraciones particulares a tener en cuenta. No obstante, pueden ser tenidas en cuenta de diferentes maneras. En la práctica, hay una gran diversidad en la manera en la que los diferentes Estados miembros organizan su sistema de justicia penal a fin de proteger los intereses del niño por un lado, y el interés público más general por otro...

*También ha subrayado el Gobierno la importancia de un proceso público, abierto a la prensa y al público, para proteger la confianza de los ciudadanos en la administración de la justicia y respetar el interés público legítimo en establecer las circunstancias que condujeron al asesinato de un niño pequeño. Admito, por supuesto, que los procesos deben tener lugar, en general, en público, por las razones que acabo de resumir: eso se deduce claramente del mismo artículo 6. No obstante, esa disposición precisa también, explícitamente, que este principio no es absoluto....**Si la publicidad del proceso es incompatible con su equidad, es esta última la que debe ser prioritaria”.***

Asimismo, la Corte Interamericana, en el citado caso Mendoza ha señalado que *“los principios del interés superior del niño, de autonomía progresiva y de participación tienen una relevancia particular en el diseño y operación de un sistema de responsabilidad penal juvenil”* (Nº 143). En este sentido, continúa señalando que con base en lo anterior, y a la luz del interés superior del niño como principio interpretativo dirigido a garantizar la máxima satisfacción de sus derechos (supra párr. 143), la prisión y reclusión perpetuas de niños son incompatibles con el artículo 7.3 de la Convención Americana, pues no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños”. Es decir, la Corte sostiene que a la luz del principio de interés superior, la imposición de una sanción perpetua a una persona menor de edad constituye un encarcelamiento *arbitrario*, según lo dispone dicha norma del Pacto de San José.

IV. LA GARANTÍA DE PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN ADOLESCENTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Como se ha expuesto, la CDN como instrumento de derechos humanos, asume un enfoque de derechos para enfrentar la relación de los adolescentes con el sistema penal, proponiendo un ejercicio de ponderación entre el ejercicio legítimo del *ius puniendi* en el

ámbito de la criminalidad juvenil y el deber de protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Para realizar esta ponderación, en el ámbito de determinación de la sanción, la CDN establece como criterio fundamental el principio de proporcionalidad al señalar:

*“Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que **guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción**”*
(el destacado es nuestro)

Expresión de la garantía de la proporcionalidad son también las reglas establecidas en el artículo 37 a) que prohíben la imposición de la pena de muerte y de la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación, mandatos que son también expresión del principio de respeto a la dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes.

En un sentido, algo diverso desde el punto de vista sistemático, pero con iguales contenidos, las citadas Reglas Europeas (RE 2008) disponen en su número 5:

“La imposición y la aplicación de sanciones o medidas se basarán en el interés superior de los infractores menores de edad, estarán delimitadas por la gravedad de los delitos cometidos (principio de proporcionalidad) y tendrán en cuenta la edad, el bienestar físico y mental, el desarrollo, las capacidades y las circunstancias personales del menor (principio de individualización) constatados, cuando sea necesario, mediante informes psicológicos, psiquiátricos o sociales”

Por su parte, los principios de excepcionalidad y de brevedad de la privación de libertad (artículo 37 b) CDN), son una garantía normativa que se fundamenta en una ponderación entre derechos fundamentales que se resuelve en función de dos principios que hacen ceder la intensidad del poder punitivo: el de interés superior del niño y el de proporcionalidad. Al ser siempre la sanción penal una afectación de derechos, su imposición entra en colisión con el mandato general de protección privilegiada de los derechos de la infancia y la adolescencia²⁸

Las Reglas de Beijing consideran también estos elementos en el número 17, titulado “Principios rectores de la sentencia y la resolución”:

17.1 La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

1. La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las

circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;

2. b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;

3. c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada;

4. d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.

17.2 Los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital.

17.3 Los menores no serán sancionados con penas corporales.

17.4 La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento.

Como se puede advertir, la CDN tomó gran parte de sus disposiciones de los criterios contenidos en las RB, y las convirtió en derecho convencional de carácter indudablemente vinculante para los Estados Parte.

Sin embargo, hay algunas diferencias relevantes que es importante considerar para efectos de la aplicación de los estándares internacionales en sede nacional. La CDN excluye toda referencia a proporcionalidad en relación a las *necesidades de la sociedad* y a la *reincidencia* como criterio para autorizar la imposición de medidas o sanciones privativas de libertad.

Tampoco establece la CDN criterios específicos en relación a la procedencia de sanciones privativas de libertad limitándolas a delitos graves donde concurra violencia contra otra persona, dejándolas entregadas a una ponderación del legislador y, en lo que corresponda, al juzgador.

Sin embargo, se debe considerar que el mandato de la Convención de priorizar el interés superior del niño obliga al juzgador a decidir según aquella interpretación que favorezca la protección y realización de los derechos de las personas menores de 18 años por sobre aquella que los menoscabe, a menos que una ponderación razonada justifique preterir los derechos del niño por algún otro derecho de mayor entidad o peso constitucional.

En este sentido, en virtud del mandato de especial protección de los derechos fundamentales de los adolescentes, las limitaciones a las imposición de medidas o

sanciones privativas de libertad podrían utilizar el criterio de las RB de restringir su uso sólo a delitos graves cuando concorra violencia contra las personas, en el marco de un razonamiento que aplique la garantía de proporcionalidad.

Estos elementos deben ser considerados como un componente del juicio de proporcionalidad de la sanción, lo que permite integrar una dimensión de garantía frente a cualquier exceso retributivo, preventivo o consideración personal que pueda aumentar la carga punitiva más allá del merecimiento de la sanción, o bien, para prescindir totalmente de la proporcionalidad con independencia del principio de protección de bienes jurídicos.

En cambio, el uso de las referencias que hacen las RB a la reincidencia o las necesidades de la sociedad, en cuanto criterios que pudieran ampliar la aplicación de la privación de libertad, no podrían fundarse en el interés superior del niño y en el juicio de proporcionalidad del artículo 40.4, en cuanto esas condiciones no guardan relación con las circunstancias del hecho ni del infractor.

V. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA SANCIÓN: EL DERECHO AL EXAMEN INDIVIDUAL COMO UN NUEVO ESTÁNDAR EN LA NORMATIVA EUROPEA

Establecidas estas cuestiones generales queda pendiente examinar si la CDN y el resto de la normativa internacional entregan estándares más específicos para realizar el razonamiento que permita imponer sanciones que *guarden proporción tanto con sus circunstancias como con su infracción*.

En concreto las RB (17.4.d) establecen que se considerará *el bienestar del menor*, lo que se vincula con lo dispuesto en el 16.1, que señala que “para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una **investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito**” (el destacado es nuestro).

La RE 2008 citada dispone específicamente como mecanismo para concretar la consideración de los antecedentes sobre “las circunstancias personales del menor (principio de individualización) constatados, cuando sea necesario, mediante **informes psicológicos, psiquiátricos o sociales**” (el destacado es nuestro).

La reciente DIRECTIVA (UE) 2016/800 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a las “*Garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*”, es mucho más explícita en esta materia reconociendo directamente un **derecho a la evaluación** que es establecido de un modo vinculante

para todos los países de la UE, los cuales deben adecuar su legislación a esta Directiva²⁰.

De acuerdo a los antecedentes revisados esta Directiva es el primer instrumento internacional del *corpus iuris de protección internacional de derechos del niño* que reconoce expresamente el *derecho a una evaluación individual* en los diversos numerales de su Artículo 7 que se titula *Derecho a una evaluación individual*, particularmente dispone:

2.A tal fin, los menores sospechosos o acusados en procesos penales deberán ser objeto de una evaluación individual. En dicha evaluación individual se tendrán en cuenta, en particular, la personalidad y madurez del menor, su contexto económico, social y familiar, así como cualquier vulnerabilidad específica que pueda tener el menor.

La profundidad y detalle de la evaluación individual, dependerá entre otras materias de las “medidas que se puedan adoptar si el menor es declarado culpable” (artículo 7.3) y su objetivo es “hacer constar” las características individuales y las circunstancias del menor que “pueda ser de utilidad a las autoridades competentes” para: *a) determinar si procede adoptar alguna medida específica en favor del menor; b) evaluar la adecuación y efectividad de las medidas cautelares en relación con el menor; c) adoptar decisiones o medidas en el proceso penal, incluida la imposición de la condena”.*

Además desde un punto de vista procesal se dispone que “[l]as evaluaciones individuales se efectuarán en la fase más temprana posible del proceso” y por regla general “antes de la acusación” (7.5), con lo que se pone en tela de juicio una teoría muy difundida en la doctrina de dividir el debate sobre el injusto y la culpabilidad y las condiciones personales para la determinación de la sanción, a través de la denominada cesura del debate, posición que propone discutir sobre las consideraciones personales del infractor sólo después de la condena.

Establece como estándares que las evaluaciones se realizarán con “estrecha participación del menor” por personas cualificados de carácter multidisciplinario (7.7)

7.Las evaluaciones individuales se efectuarán con la estrecha participación del menor. Las llevarán a cabo personas cualificadas que apliquen, en la medida de lo posible, un enfoque multidisciplinario con la participación, en su caso, del titular de la patria potestad o de otro adulto adecuado según se dispone en los artículos 5 y 15, o de profesionales especializados. 8.Si los elementos en que se basa la

²⁰ El artículo 24 establece la obligación de transposición al derecho interno y otorga un plazo para hacerlo que vence el 11 de junio e 2019.

evaluación individual cambiasen de modo significativo, los Estados miembros velarán por que esta se actualice a lo largo del proceso penal.

Finalmente, contempla la posibilidad de aceptar alguna excepción a este derecho a la evaluación individual siempre que esta sea “compatible con el interés superior del menor”.

La relevancia de las disposiciones de esta Directiva en relación a la evaluación individualizada para la teoría de la determinación de la pena y ha sido planteada como un desafío por la doctrina alemana, por su incidencia en la cuestión de los fines de las sanciones penales adolescentes. En el ámbito latinoamericano, es interesante advertir que en Chile se encuentra pendiente en el parlamento una reforma que introduce los informes técnicos como elemento central a considerar por el juez para la determinación de la sanción penal.

En este sentido parece que se estaría consolidando una tendencia para que el estándar de proporcionalidad establecido en el artículo 40.4 de la CIDN que se refiere tanto a las circunstancias del delito como a las del infractor, sea cumplido a través de estas evaluaciones individualizadas que son consideradas como un derecho - o una garantía del adolescente - que tendría un alto impacto en el futuro de la dogmática de la determinación de la pena y en la estructura procesal.

VI. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIÓN

Como se dijo este documento tiene por objeto identificar y examinar los estándares contenidos en la normativa internacional sobre la forma de ponderar - en la fase de determinación judicial de las sanciones penales juveniles - las consideraciones relativas a la gravedad del injusto penal con las condiciones específicas - jurídicas, personales y sociales- de los adolescentes infractores.

De la revisión de la normativa internacional, y de algunas decisiones de tribunales internacionales, se puede concluir que las normas internacionales no contienen estándares específicos que permitan guiar al juez, pero si un conjunto de criterios generales que deben ser considerados al momento de hacer dicha ponderación.

En particular, se estableció en la introducción que el Derecho Internacional contiene normas relevantes sobre la materia que deben ser seguidas tanto por el legislador y el sistema judicial (sección I) y que este mandato de aplicación de la normativa internacional, se concreta en el deber de motivación de las resoluciones judiciales, según se dispone en el propio Derecho Internacional.

Se advirtió que la normativa internacional establece las *finalidades de la intervención penal juvenil*, como un concepto que le permite estructurar el sistema penal juvenil y que

ese concepto considera tanto los fines del Derecho penal juvenil o del sistema especializado, como a la finalidad o funciones de la sanción penal adolescente.

En relación, a los fines del sistema aparece la protección de bienes jurídicos - en términos político criminales formulada generalmente como reducción del delito o de la reincidencia -; un estatuto de garantías frente a la persecución penal estatal; y la protección del desarrollo e integración social de los adolescentes. Estas finalidades se vinculan con dos principios fundamentales para la aplicación de la ley como son el interés superior del niño y el de igualdad de trato y no discriminación.

En el ámbito de los fines de las sanciones se establece, con distintos términos una cierta primacía de los fines preventivo especiales positivos.

La otra garantía fundamental contenida en la normativa internacional es la *proporcionalidad* de la respuesta penal que debe atender tanto a las características del infractor como a la gravedad del hecho, lo que exige un juicio de proporcionalidad que debe atender a la finalidad de la intervención en una doble dimensión: i) valorativa, es decir debe perseguir fines legítimos que atienden a la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en formación y desarrollo; y ii) empírica en cuanto se debe contrastar los efectos teóricos o ideales de las sanciones, con sus consecuencias fácticas y verificables en su aptitud para ampliar efectivamente las oportunidades de los condenados para integrarse socialmente, adecuar su comportamiento a los mandatos del derecho y, en último término, ejercer los derechos que la normativa internacional les reconoce en su condición de niños, niñas y adolescentes.