



ESTÁNDARES COMUNES PARA IBEROAMÉRICA
SOBRE DETERMINACIÓN Y REVISIÓN JUDICIAL
DE SANCIONES PENALES DE ADOLESCENTES

NOVIEMBRE DE 2019

METODOLOGÍA Y PARTICIPANTES

Los *Estándares comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales de adolescentes* fueron elaborados por un conjunto de especialistas en justicia juvenil de diversos países, que conformaron un *Grupo de Estudios Iberoamericano sobre Justicia Juvenil*, en diálogo con un conjunto más amplio de expertas, expertos y profesionales de la justicia juvenil de diversos países iberoamericanos.

El proyecto se planteó como objetivo “proponer un conjunto de estándares comunes para Iberoamérica en materia de determinación y revisión judicial de sanciones penales de adolescentes, a partir de los principios y estándares del derecho internacional de los derechos del niño, y considerando las experiencias, tensiones y focos problemáticos de sus respectivos sistemas jurídicos, con el propósito de así contribuir al perfeccionamiento de la legislación, la jurisprudencia y la práctica judicial”.*

El proyecto consideró dos fases de desarrollo, con diversas metodologías de trabajo:

a) De enero a octubre de 2018 se desarrolló una investigación de derecho comparado sobre la regulación y, en alguna medida, la práctica judicial de seis países iberoamericanos, en materia de determinación y revisión judicial de sanciones penales de adolescentes. El método favorecido fue la constitución de un “círculo de expertos nacionales”, quienes elaboraron cada uno de los seis *informes nacionales* a partir de un formulario de análisis común, que postuló un conjunto de diez *problemas* o *tensiones* de los sistemas de determinación de sanciones penales de adolescentes, planteados a modo de hipótesis de trabajo y organizados en cuatro grandes *focos problemáticos*.

La selección de los países elegidos para el estudio comparado procuró reflejar diversidad de áreas geográficas del espacio iberoamericano (la península ibérica, Centro- y Norteamérica, Cono Sur y Región Andina), de comunidades lingüísticas (de lengua española y portuguesa), de inspiración doctrinaria de los sistemas de justicia juvenil (más o menos centrados en objetivos educativos, o en una respuesta proporcional a la gravedad de la infracción), y en relación con el tipo de desafíos o fase de implementación de sus sistemas de justicia juvenil (sistemas más consolidados, o más recientemente instalados; recién reformados, o que están proyectando reformarse).

Adicionalmente, tres especialistas se encargaron de preparar tres *estudios temáticos* referidos, respectivamente, a la normativa internacional existente en la materia, a la regulación y jurisprudencia alemana sobre imposición de la penal juvenil privativa de libertad, y a la regulación y práctica procesal sobre introducción y valoración de información personal sobre el adolescente, en la justicia juvenil de los Estados Unidos de América. En paralelo, un experto del área de las ciencias sociales aportó con un

* Los informes nacionales y estudios temáticos producidos en el marco del proyecto de investigación que sirvió de base para la elaboración de estos *Estándares* se recogen – junto con el texto de los propios Estándares – en el libro Couso, Jaime / Cillero, Miguel / Cabrera Myriam (Editores), *Proporcionalidad de la sanción penal de adolescentes. Estudio comparado y estándares comunes para Iberoamérica*, Thomson Reuters, Santiago, 2019.

primer ejercicio de levantamiento de la información empírica disponible sobre la práctica sancionatoria de los países incluidos en el estudio, reflexionando además sobre los desafíos que subsisten para mejorar su calidad y pertinencia.

Esta primera fase concluyó con la celebración de una conferencia internacional,¹ en la que se discutieron, en cinco paneles de especialistas, los resultados de los diversos informes nacionales y se abrió el debate sobre estándares deseables, para hacer frente a los problemas identificados por tales informes, teniendo en cuenta los insumos adicionales proporcionados por las normas internacionales, los estudios temáticos y las “buenas prácticas” o arreglos legales o institucionales identificados en algunos de los propios informes nacionales. La conferencia fue cerrada, dirigida a especialistas, y la metodología consideró su compromiso de estudio anticipado de los informes y estudios temáticos, y su inscripción para formular comentarios que debían ser expuestos en los diversos paneles en que se organizó el debate. Adicionalmente, la organización de la conferencia puso a disposición de ese grupo de especialistas una bibliografía especializada recomendada sobre proporcionalidad de las sanciones penales, con referencias particulares al caso de los adolescentes. El acceso a todos estos insumos para el debate se facilitó a través de la creación de un grupo de investigación privado en la plataforma *Mendeley*, asociado a una completa biblioteca del evento, a la que se ofreció acceso a todos los especialistas invitados, dos meses antes de la conferencia.

b) De octubre de 2018 a junio de 2019 se debatió y redactó la propuesta de *Estándares Comunes para Iberoamérica* que aquí se da a conocer. La metodología, en este caso, combinó: (i) un debate técnico entre un grupo más amplio de especialistas, constituido por las y los participantes de la propia I Conferencia Iberoamericana, en torno a los mismos focos problemáticos que guiaron la producción de los informes nacionales, que se tradujeron en una serie de “preguntas guía” abordadas por cinco paneles de discusión, en dos días de trabajo, del que resultaron una serie de propuestas preliminares registradas por una coordinación técnica; (ii) la elaboración de un primer borrador de Estándares por la coordinación técnica, con base en las propuestas recogidas en aquel registro de los debates producidos durante la I Conferencia; (iii) un extenso proceso de revisión, discusión y reelaboración del documento de Estándares, por parte del Grupo de Estudios Iberoamericano sobre Justicia Juvenil, integrado por las y los autores de los informes nacionales y estudios temáticos, junto a cinco especialistas más de tres de los países considerados en el proyecto, discusión que funcionó sobre la base de sucesivos procesos de consulta y recepción de observaciones y propuestas alternativas a las del primer borrador, propuestas que fueron discutidas y votadas, dando lugar a nuevas versiones de los Estándares, cada vez más afinadas y representativas de las posturas del Grupo, y iv) una consulta específica, sobre el empleo de los informes técnicos y el rol de los equipos técnicos en la aportación de información sobre las *circunstancias del adolescente*, en la justicia

¹ I Conferencia Iberoamericana de Derechos del Niño: Determinación y revisión judicial de sanciones de adolescentes. Hacia una regulación modelo para Iberoamérica, Santiago de Chile, 18 y 19 de octubre de 2018, organizada por el Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI).

de menores española, en el marco de una jornada de especialistas organizada con ese preciso objeto.²

El resultado de este proceso es el documento de *Estándares* que se presenta en esta tercera parte del libro y que ha sido suscrito por todo el Grupo de Estudios. Esta versión definitiva refleja un amplio consenso entre especialistas que, sin embargo, en relación con algunas cuestiones importantes sobre la justicia juvenil, parten de concepciones relativamente diversas, o que se desempeñan en países cuyos sistemas de justicia juvenil en algunos casos parten de presupuestos normativos o institucionales en buena medida divergentes. Esto explica que, en ocasiones, algunos de los *estándares* propuestos no estén redactados en términos concluyentes, sino que se abren a soluciones alternativas, o proponen su aplicación solo cuando el contexto legal o institucional sea pertinente. Adicionalmente, algunos estándares reflejan una cierta solución de compromiso, desde luego considerada siempre aceptable por cada integrante del Grupo de Estudios, sin perjuicio de que alguna o algún investigador haya defendido opiniones ligeramente matizadas, que no afectaron en su esencia cada acuerdo. En esa medida, cada integrante se ha reservado el derecho a continuar participando del debate que los Estándares quieren promover, defendiendo en su caso esos matices que no quedaron plenamente recogidos en la redacción de algunos de los estándares.

Como ha podido advertirse, a lo largo de las diversas fases y actividades del proyecto han sido muchas las personas que han aportado con su *expertise* al debate que ha tenido como fruto los Estándares Comunes para Iberoamérica, y corresponde mencionarlas en este lugar.

– *Grupo de Estudios Iberoamericano sobre Justicia Juvenil:*

Gonzalo Berríos (Universidad de Chile), Myriam Cabrera Martín (PUC-Comillas, España), Álvaro Castro (Universidad de Chile), Miguel Cillero (Cideni, UDP, Chile), Sofía Cobo (Inacipe, México), Jaime Couso (Cideni, UDP, Chile), Ignacio Mayoral (Universidad Europea de Madrid), Iván Meini (PUCP, Perú), Alejandra Mera (Academia Judicial de Chile-UDP), Ana Paula Motta Costa (Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Karyna Sposato (Universidade Federal de Sergipe, Brasil) y Carlos Tiffer (Univ. de Costa Rica).

– *Especialistas intervinientes en la I Conferencia Iberoamericana sobre Derechos del Niño (Santiago de Chile, octubre de 2018)*

Pablo Aranda (Defensoría Penal P.), Gonzalo Berríos (U. de Chile), Myriam Cabrera Martín (U. P. Comillas, España), Alvaro Castro (U. de Chile), Miguel Cillero (Cideni, UDP, Chile), Sofía Cobo (Inacipe, México), Andrea Collell (Chile), Jaime Couso (Cideni, UDP, Chile), Catalina Droppelmann (PUC, Chile), Mauricio Duce (UDP), Francisco Estrada (Chile), Claudio Fierro (Defensoría Penal, Chile), Ricardo Garrido (Chile), Alejandro Gómez

² Encuentro de Expertos en Justicia Juvenil: Valoración de las circunstancias personales y sociales del menor en la selección de la medida, Madrid, 19 de febrero de 2019, organizado por la Cátedra Santander de los Derechos del Niño de la Universidad Pontificia Comillas y (CIDENI).

(Defensoría Penal, Chile), Georgina Guevara (Defensoría Penal, Chile), Francisco Maldonado (U. de Talca), Iván Meini (PUCP, Perú), Rolando Melo (Ministerio Público, Chile), Alejandra Mera (UDP, Chile), Ana María Morales (Paz Ciudadana, Chile), Ana Paula Motta Costa (U. Federal do Rio Grande do Sul), Ludmila Palazzo (Unicef, Chile), Ricardo Pérez Manrique (Corte Interamericana de Derechos Humanos), María Elena Santibáñez (PUC, Chile), Carlos Tiffer (U. de Costa Rica), Ester Valenzuela (Cideni, Chile), Matías Villalón (UDP, Chile), Jorge Vitar (UDP, Chile), Juan Opazo (Juez 4° JG Santiago), Benjamín Ulloa (Sename, Chile), Sebastián Valenzuela (MinJusticia, Chile), Tatiana Vargas (U. Los Andes, Chile), Ernesto Vásquez (U. de Chile), Osvaldo Vásquez (Corporación Opción, Chile), Luis Vial (Cideni, Chile).

– *Especialistas intervinientes en el Encuentro de Expertos en Justicia Juvenil (Madrid, febrero de 2019)*

Myriam Cabrera Martín (U. P. Comillas, España), Miguel Cillero Bruñol (Cideni, UDP, Chile), Jaime Couso Salas (Cideni, UDP, Chile), José Miguel de la Rosa Cortina (Fiscalía del Tribunal Supremo, España), Sara Díez Riaza (U. P. Comillas, España), Francisco García Ingelmo (Fiscalía de Menores de Madrid), Marta Gisbert Pomata (U. P. Comillas, España), Javier Gómez Lanz (U. P. Comillas, España), Luis González Cieza (Arrmi, España), Isabel Maravall Buckwater (U. P. Comillas, España), Clara Martínez García (U. P. Comillas, España), Ignacio Mayoral Narros (Universidad Europea de Madrid), María Concepción Molina Blázquez (U. P. Comillas, España), Vicente Peláez Pérez (Colegio de Abogados de Madrid), Regina Otaola Muguera (Arrmi, España), Concepción Rodríguez González del Real (Juzgado de Menores N° 1, Madrid), Inmaculada Urruela Arnal (Arrmi, España), María José Virseda Sanz (Arrmi, Madrid).

ESTÁNDARES COMUNES PARA IBEROAMÉRICA SOBRE DETERMINACIÓN Y REVISIÓN JUDICIAL DE SANCIONES PENALES DE ADOLESCENTES

I. PREÁMBULO

Naturaleza y alcance de los Estándares comunes para Iberoamérica

Los Estándares Comunes para Iberoamérica sobre Determinación y Revisión Judicial de Sanciones Penales de Adolescentes (en adelante, *Estándares comunes para Iberoamérica*) han sido concebidos como un conjunto de orientaciones normativas, ofrecidas a los tribunales y, en lo que corresponda, a los legisladores de los países de Iberoamérica, basadas en un ejercicio de reflexión colectiva efectuado por especialistas de diversos países del espacio iberoamericano, a partir de un estudio de los principales focos problemáticos y tensiones observados en sus propios sistemas de determinación de sanciones y teniendo en consideración los principios generales y estándares recogidos en los instrumentos internacionales sobre derechos de niñas, niños y adolescentes (NNA).

La elección de Iberoamérica como el destinatario de la propuesta se justifica por el hecho de que los países de ese espacio comparten en buena medida no solo vínculos de lengua y cultura, sino también una historia similar en el tratamiento jurídico de la delincuencia de personas menores de edad; unos desafíos comunes surgidos a partir de la reforma a sus sistemas de justicia de menores o justicia juvenil en las últimas décadas; un contexto jurídico-institucional más o menos emparentado, influenciado en casi todos los países de ese espacio tanto por la dogmática penal de cuño alemán como por el modelo de justicia penal acusatorio, y, por último, un importante y creciente nivel de cooperación entre ellos en el desarrollo de la doctrina jurídica, en la capacitación de jueces, fiscales y defensores, y en el desarrollo institucional y programático.

En ese contexto, la adopción de unos estándares comunes, por especialistas de diversos países del espacio iberoamericano, viene a llenar un vacío, siguiendo el ejemplo de esfuerzos e instrumentos similares desarrollados en otras regiones, pero a la vez procurando ir más allá de ellos en la identificación de respuestas balanceadas a problemas mucho más específicos.

Marco ofrecido por otros principios y estándares contenidos en los instrumentos internacionales sobre derechos de NNA

Los *Estándares comunes para Iberoamérica* se formulan en plena sintonía con los instrumentos universales y regionales del derecho internacional de los derechos de NNA, tanto los de carácter general –el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea– como los instrumentos específicos para NNA –la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y las Reglas y Directrices 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 Estados–, teniendo en cuenta además la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.* En el marco ofrecido por esos instrumentos internacionales, los *Estándares comunes para Iberoamérica* se proponen alcanzar un mayor grado de concreción, teniendo en cuenta los desafíos, también más específicos, compartidos por los países de este espacio.

II. PRINCIPIOS GENERALES Y DEFINICIONES

1. Principios rectores para la legislación y para los tribunales

Los sistemas de determinación de las sanciones penales de adolescentes, al igual que los de determinación de penas del derecho penal común, se definen a partir de principios y reglas dirigidos al legislador y a los tribunales, de acuerdo con las competencias que a cada órgano le corresponden: la definición de las bases de la política criminal de adolescentes y la administración de justicia juvenil, respectivamente. Los *Estándares comunes para Iberoamérica* también se formulan fundamentalmente de forma diferenciada para cada uno de esos órganos, sin perjuicio de la proposición de algunos importantes estándares comunes. Considerando los roles específicos que corresponden al legislador y a los tribunales en la determinación de las sanciones, y teniendo en cuenta los desafíos identificados en el estudio de los sistemas de justicia juvenil de varios países iberoamericanos, los estándares propuestos, en cada caso, buscan asegurar especialmente los siguientes principios.

a) Legalidad de la sanción, igualdad de trato y certeza jurídica: rol de los principios y reglas legales

Las sanciones penales de adolescentes deben ser determinadas y ejecutadas de modo que se cumpla con el principio de legalidad (legalidad de la determinación de la sanción y legalidad de la ejecución de la sanción). Ello supone, especialmente, que la intensidad de la afectación de los derechos de un adolescente que es dable esperar por la perpetración de un determinado

* N. de los Eds.: Con posterioridad a la redacción de estos *Estándares*, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas publicó una nueva Observación General (la OG 24) sobre “children’s rights in the child justice system” (derechos de los niños en el sistema de justicia para el niño), que sustituye a la OG 10, que fue la tenida en cuenta en este proyecto. Con todo, como se tendrá oportunidad de apreciar, las principales innovaciones de estas nuevas OG 24 en lo relativo a la determinación de sanciones penales juveniles coinciden con principios recogidos expresamente por estos Estándares. V. General comment N° 24 (2019) on children’s rights in the child justice system, CRC/C/GC/24, 18 September 2019, disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/24&Lang=en (consultada el 26 de septiembre de 2019), N°s. 73-81, 84.

delito¹ debe venir definida, en una medida sustancial, por el legislador democrático, sobre todo si se trata de una sanción privativa de libertad.

La aplicación efectiva del principio de legalidad de la sanción debe asegurar igualdad en el trato proporcionado a diversos adolescentes frente a situaciones equivalentes y una certeza jurídica que permita razonablemente predecir la intensidad de la sanción que arriesga un adolescente al perpetrar determinado tipo de delito.

El legislador debe enmarcar la actividad judicial de determinación y de ejecución de las sanciones a través de principios claramente formulados, que proporcionen una orientación definida al razonamiento judicial –de modo controlable por las partes y enmendable por los tribunales superiores–, pero también a través de algunas reglas no disponibles por los tribunales, que delimiten el espacio que legítimamente queda entregado al razonamiento judicial.

Comentario

Sin perjuicio de la tensión que puede plantearse entre los principios de legalidad, igualdad de trato y certeza jurídica, por una parte, y la exigencia, igualmente importante, de que la sanción impuesta sea justa y adecuada en el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias del adolescente, por la otra, la importancia de afirmar aquellos principios se aprecia claramente a partir del crítico diagnóstico existente en Iberoamérica acerca de la arbitrariedad que presidía a la elección de la respuesta frente a un delito perpetrado por una persona menor de edad en los sistemas de justicia tutelar de menores, debido en buena medida a la ausencia de un marco legal impuesto a la actividad de los tribunales, en el contexto de una doctrina que negaba el carácter aflictivo de esa respuesta suponiendo que la facultad reformadora o tutelar por definición constituía un bien, un remedio benigno, para los menores que estaban en situación irregular. En ese contexto, la vulnerabilidad social de las y los adolescentes con frecuencia fue ocasión para una injerencia más intensa en sus derechos, haciendo de ellos candidatos más probables para una medida de internamiento. La sombra de la criminalización de la pobreza fue entonces, y no ha dejado de ser del todo, una preocupación fundamental, que restaba legitimidad al proyecto de una justicia individualizada o personalizada.

Para asegurar que la actividad jurisdiccional de determinación de la sanción quede suficientemente enmarcada por el legislador, garantizando el igual trato y la certeza jurídica, no basta con que la ley establezca principios que gobiernen esa actividad; es necesario que fije algunas reglas. Estas reglas pueden ser especialmente importantes, en la fase de determinación de la sanción, para fijar límites absolutos a la imposición de sanciones privativas de libertad, sea exigiendo una gravedad mínima en el delito perpetrado, sea imponiendo límites máximos para su duración, inclusive diferenciados según la edad del adolescente, y en la fase de ejecución de la sanción, para circunscribir las facultades de

¹ A lo largo de este documento se usará la denominación “delito”, y no alguna de las que determinadas legislaciones en Iberoamérica emplean (“infracción penal”, “infracción a la ley penal” o “*ato infraccional*”), con el propósito de destacar que los adolescentes no están sujetos a la responsabilidad criminal regulada por los códigos penales. La opción por aquella denominación (“delito”), sin desconocer que la responsabilidad de los adolescentes es sustancialmente diferente de la de las personas mayores de edad, responde a la necesidad de unificar el lenguaje –en un documento que se refiere a diversas legislaciones–, poniendo además de relieve el carácter criminal de la infracción y la exigencia de culpabilidad de parte del adolescente infractor (apartándose con ello de la doctrina que postulara que aquí se trataría de un derecho de medidas educativas o correctivas para inimputables).

exasperación o sustitución de la sanción por una más severa en caso de incumplimiento de la inicialmente impuesta

b) Justicia y adecuación de la sanción en el caso individual: rol de la aplicación judicial del derecho en la imposición y la modificación de la sanción

La implementación del principio de legalidad de la sanción a través de principios y reglas que aseguren igual trato y certeza jurídica, también debe dejar un espacio razonable a los tribunales para adoptar una decisión justa y adecuada para las circunstancias del caso particular, así como para modificarla si cambian esas circunstancias.

En particular, la ley debe asignar a los tribunales competencia para valorar las circunstancias objetivas y subjetivas que disminuyen la culpabilidad individual del adolescente, así como las circunstancias personales que pueden condicionar un impacto negativo o positivo de la sanción en el desarrollo e integración social del adolescente.

Comentario

Sin perjuicio de la necesidad de que la ley enmarque la actividad jurisdiccional de determinación de la sanción penal de adolescentes, debe entregarse a los tribunales competencia para que valoren las circunstancias que diferencian el caso particular de los demás de su clase porque disminuyen la culpabilidad individual del adolescente. La justicia exige en este caso permitir al tribunal individualizar la sanción, adecuándola al grado de culpabilidad. Ello también es aplicable a ordenamientos jurídicos que afirman la *inimputabilidad* de los adolescentes frente al derecho penal común, pero reconocen una responsabilidad o culpabilidad especial, para los efectos del sistema penal juvenil; en esos ordenamientos, el grado de culpabilidad sigue siendo un criterio esencial para la individualización de la sanción.

Además, los tribunales deben contar con competencia para escoger, dentro del rango de sanciones que se corresponden con el marco fijado legalmente –eventualmente modificado en atención a la menor culpabilidad del autor–, la que sea más adecuada para alcanzar los fines o cumplir con los criterios correspondientes a las circunstancias personales del adolescente, así como para modificarla durante su ejecución, atendiendo al impacto que está teniendo en el desarrollo e integración social del adolescente.

c) Interés superior del adolescente

La justicia juvenil, al adoptar decisiones relativas a la imposición o ejecución de las sanciones penales de adolescentes, debe dar la máxima prioridad posible a aquellos objetivos y criterios de actuación que optimicen la protección de los derechos y la satisfacción de las necesidades especiales de las personas menores de dieciocho años.

Comentario

El principio del interés superior del niño tiene una importante función que cumplir en la justicia juvenil, elevando en términos relativos la prioridad que, ante la innegable colisión de

intereses presente en los conflictos de naturaleza criminal, debe asignarse a los intereses propios de las y los adolescentes acusados o condenados por un delito. Ello no supone negar que otras consideraciones o intereses, como los de las víctimas y de la comunidad, deban ser protegidos, pero sí implica que, cuando la resolución de estos conflictos jurídicos exija ponderar unos intereses y otros, a las necesidades y derechos de las y los adolescentes debe asignárseles un peso especial, que puede llevar a una relativa renuncia a otros intereses en casos que, si se tratase de un acusado o condenado mayor de edad, ello posiblemente no ocurriría.

d) Tramos de penalidad y criterios flexibles

Con el objeto de dar concreción al principio de que la privación de libertad debe utilizarse tan solo como último recurso (exigencia de excepcionalidad) y por el más breve tiempo posible (exigencia de brevedad), la ley debe fijar tramos (o escalas) de penalidad, u otro tipo de reglas apropiadas, que gradúen la intensidad de la sanción tanto a la gravedad del injusto penal como a la de la culpabilidad del autor del delito. Esos tramos o reglas deben dejar suficiente espacio a los tribunales para razonar y decidir acerca de la sanción más justa y adecuada en el caso, de conformidad con criterios claramente formulados por el propio legislador, y pertinentes de acuerdo con los fines y valores que la justicia juvenil busca preservar.

Comentario

La tensión que se plantea entre la exigencia de un marco definido por ley de acuerdo con la clase de delito perpetrado (legalidad de la sanción), por una parte, y un espacio razonable para una decisión judicial justa y adecuada en el caso particular (individualización de la sanción), por la otra, se enfrenta de diversa forma por los distintos sistemas de justicia juvenil en Iberoamérica.

En algunos de ellos se asigna un papel importante a reglas no disponibles por los tribunales, aplicando en mayor o menor medida escalas o tramos de penalidad, o estableciendo otras reglas que limitan el arbitrio judicial, dirigidas a asegurar igual trato (y certeza jurídica). En otros sistemas de justicia juvenil tienen más importancia ciertos principios y directrices jurídicas que están formulados como enunciados jurídicos indeterminados, cuya concreción queda a disposición de los tribunales. La persistencia de este espacio de discrecionalidad judicial en la determinación de la sanción –que puede ser relativamente amplio– no atenta contra el principio de la igualdad de trato, si consiste en una discrecionalidad reglada por la propia ley.

Siendo legítima esta diferencia de enfoques, la preferencia por cualquiera de ellos no debe llegar al punto de ignorar alguna de aquellas dos exigencias.

e) Fundamentación de las sentencias y sistema de impugnación

En el ejercicio de su competencia discrecional –reglada por la ley– para escoger una sanción justa y adecuada al caso concreto, los tribunales deben cumplir con exigencias cualificadas de fundamentación de la sentencia, fijadas por la ley, y acompañadas de un sistema de

recursos procesales que permita a las partes controlar el cumplimiento de tales exigencias y a los tribunales superiores asegurar la correcta aplicación del derecho y orientar una aplicación de los principios y criterios legales de un modo relativamente igualitario.

Comentario

Las exigencias legales de fundamentación de las sentencias por parte de los tribunales son un correlato necesario del reconocimiento de un espacio de discrecionalidad reglada o sujeta a criterios legales. La ley debe establecer parámetros formales y sustantivos a los tribunales en relación con la fundamentación de las sentencias, tanto en lo relativo al establecimiento de los hechos cuya consideración es pertinente para determinar la sanción, como en cuanto a la interpretación y aplicación de los principios y reglas. Y para lograr que la aplicación de esos parámetros quede sujeta a escrutinio y control, es fundamental que las partes cuenten con recursos con los cuales impugnar las decisiones que no cumplen con ellos.

2. Distinción categorial entre sanciones privativas y no privativas de libertad

Los *Estándares comunes para Iberoamérica* reconocen la diferencia fundamental que existe entre las sanciones privativas de libertad y las no privativas de libertad, desde el punto de vista de su potencial impacto negativo en el desarrollo y los derechos de las y los adolescentes, así como del especial principio que gobierna la imposición de las primeras, exigiendo resguardar su excepcionalidad y brevedad. La excepcionalidad de las sanciones privativas de libertad se traduce en que las sanciones no privativas de libertad deben constituir las principales respuestas ante el delito de un adolescente, siempre que no sea posible resolver el conflicto sin sanción (subsidiariedad de la sanción).

De la distinción categorial entre ambas especies de sanción se desprende, además, que algunos estándares son aplicables especial o únicamente tratándose de las sanciones privativas de libertad, porque vienen a orientar la resolución de tensiones que esas sanciones, y no otras, plantean, o bien porque atienden a necesidades que surgen solo o principalmente ante el riesgo de una sanción privativa de libertad.

Comentario

Si bien las sanciones penales de adolescentes comparten características que hacen necesarios límites y garantías (como el respeto a los principios de legalidad y proporcionalidad) respecto de cualquiera de ellas, el impacto negativo de la privación de libertad en el desarrollo y los derechos de NNA constituye un dato de tal importancia que justifica especiales límites y garantías a su respecto. El hecho de que también el proceso penal y la ejecución de sanciones no privativas de libertad supongan riesgos para el desarrollo y los derechos de NNA justifica, como se verá, el carácter subsidiario del recurso a las sanciones penales y una preferencia por formas de resolver el conflicto criminal que prescindan de toda sanción y que reduzcan al mínimo el contacto de los adolescentes con la justicia penal. Pero, cuando ello no sea posible, el mayor riesgo representado por las sanciones privativas de libertad fundamenta una preferencia por las no privativas de libertad y un refuerzo de las garantías que deben reconocerse al adolescente que arriesga la imposición de una sanción del primer tipo.

3. Naturaleza de las sanciones penales de adolescentes

a) *Carácter aflictivo de la sanción*

Los *Estándares comunes para Iberoamérica* asumen que las sanciones de la justicia juvenil tienen un carácter aflictivo, es decir, consisten en una privación o restricción de derechos que justifica el establecimiento de límites y garantías penales y procesales, así como la preferencia por salidas o mecanismos alternativos al proceso y a la sanción.

Comentario

Al igual que los instrumentos internacionales aplicables en la materia, los *Estándares comunes para Iberoamérica* reconocen que las sanciones penales de adolescentes de la justicia juvenil tienen un carácter aflictivo. Ello no quiere decir que la irrogación de sufrimiento al adolescente sea su finalidad, pero el reconocimiento de que las sanciones suponen una privación o restricción de derechos del adolescente permite evitar el riesgo de definir la naturaleza de la sanción a partir de cualesquiera finalidades benéficas, que sirvan de fundamento para promover su uso indiscriminado. El establecimiento de límites y de garantías penales y procesales, así como la preferencia por salidas o mecanismos alternativos al proceso y a la sanción, no se entenderían sin este reconocimiento básico del carácter aflictivo de las sanciones.

b) *Relación entre sanción y responsabilidad: reconocimiento del adolescente como sujeto responsable*

Las sanciones se imponen a un adolescente como consecuencia de su declaración como culpable de un delito. Ello tiene como consecuencias que: (i) se le reconoce como sujeto responsable, capaz de responder frente a las exigencias del derecho, aun cuando su responsabilidad sea especial, o bien su culpabilidad o exigibilidad sea menor que la de un adulto, y (ii) la sanción tiene objetivamente una connotación negativa, que explica el interés objetivo del adolescente en evitar su imposición, sin perjuicio de que a través de su ejecución se procure alcanzar fines positivos (sobre todo, de prevención especial positiva).

Comentario

Si bien algunos sistemas de justicia juvenil de Iberoamérica consideran la responsabilidad de las y los adolescentes como una institución que está fuera del derecho penal, declarándolos como *inimputables* frente al sistema penal común, mientras que otros entienden que se trata de un subsistema que forma parte del sistema penal general, de modo que los adolescentes son imputables pero quedan sujetos a reglas especiales, a todos ellos es común el reconocimiento de las y los adolescentes como sujetos responsables, que pueden ser destinatarios de expectativas de una conducta respetuosa de los derechos de terceros, y pueden ser objeto de un juicio de responsabilidad –o culpabilidad– y de una condena cuando defraudan esas expectativas, sin perjuicio de que su responsabilidad –o su grado de culpabilidad– puede ser sustancialmente menor al de un adulto (al punto de que puede

hablarse de una “culpabilidad especial” o “diferenciada” del adolescente) o incluso, con mayor frecuencia que en el caso de este último, en circunstancias excepcionales puede llegar a desaparecer.

La connotación negativa de la sanción, asociada a su carácter aflictivo, se aprecia, tanto a nivel de la comunidad como desde la perspectiva del adolescente a quien se le impone, como una consecuencia de la condena merecida por haber infringido la ley penal de forma culpable. Por ello, la justicia juvenil reconoce a través de garantías procesales y de exigencias sustantivas el interés objetivo del adolescente en procurar negar el merecimiento de esa consecuencia negativa, sea porque afirma su inocencia o porque considera a la sanción excesiva en relación con su culpabilidad. Reconocer de ese modo la connotación negativa de la sanción no es contradictorio con la obligación que recae sobre la administración –o las instituciones no gubernamentales que colaboran con ella implementando programas socioeducativos– de ejecutar la sanción de modo de influir positivamente en el desarrollo e inserción social del adolescente.

c) Distinción clara entre la justicia juvenil y el sistema de protección de derechos de NNA

Los *Estándares comunes para Iberoamérica* asumen una distinción clara entre los presupuestos de actuación, las instituciones jurídicamente competentes y la naturaleza de las consecuencias legítimas a ser impuestas en el campo de la justicia juvenil, por una parte, y el sistema de protección de derechos de NNA, por la otra.

Esa distinción no excluye la posibilidad –incluso el deber, en ciertos casos– de establecer puentes entre ambos sistemas, especialmente a través de la remisión de casos desde la justicia juvenil –con renuncia definitiva a sancionar la conducta imputada– hacia las instituciones de protección de derechos de NNA, cuando el principio de mínima intervención penal hace posible o deseable aquella renuncia, y, a la vez, la existencia de una situación de vulneración o amenaza de un derecho del NNA justifica una actividad de prestación o protección.

Comentario

La diferencia entre los presupuestos de actuación y la naturaleza de las sanciones es especialmente evidente en relación con las sanciones privativas de libertad. Pero también debe ser reconocida en el caso de las sanciones no privativas de libertad, que siguen siendo consecuencias aflictivas, con connotación simbólica negativa, merecidas por la perpetración culpable de un delito, características que claramente no deben tener las medidas del sistema de protección de derechos de NNA, cuyo fundamento es un deber de prestación o protección del Estado frente a una situación de vulneración o amenaza, y que para los niños o adolescentes tiene el sentido de la satisfacción o garantía de un derecho. Ello justifica, también, distinguir claramente las competencias institucionales establecidas por la ley frente a una y otra situación.

Nada de ello obsta, sin embargo, a la posibilidad de que las y los adolescente acusados o condenados por un delito sean destinatarios de medidas de protección de sus derechos, cuando se encuentren vulnerados o amenazados en el ejercicio o disfrute de ellos. Esto puede traducirse en el establecimiento de puentes entre ambos sistemas y, en ocasiones, puede justificar una renuncia a la intervención de la justicia juvenil, si el interés en la persecución de responsabilidad penal es menor frente a la importancia y urgencia de una respuesta del

sistema de protección, y esta podría verse frustrada por la intervención paralela del sistema de justicia penal juvenil.

4. Fines de la justicia juvenil

a) Protección de intereses individuales y sociales afectados por delitos

La justicia juvenil tiene en común con la justicia penal para adultos, como uno de sus fines, la protección de los intereses individuales y sociales que se ven afectados por los delitos.

Comentario

La justicia juvenil, dado que se apoya en el empleo de un medio negativo –la sanción penal–, no puede encontrar su razón de ser en las necesidades de las y los adolescentes –necesidades a las que se responde mejor con las políticas sociales y de protección de derechos–, sino en la circunstancia de que los delitos perpetrados por adolescentes afectan intereses individuales y sociales, cuya protección requiere una intervención formal de parte de la justicia. Ello no supone, en todo caso, poner esperanzas excesivas en las instituciones penales, pues la protección eficaz de tales intereses depende en mayor medida de políticas públicas que aborden, con la complejidad que tiene el problema, las múltiples dimensiones del conflicto criminal, promoviendo efectivamente los derechos de NNA, la justicia social y la resolución pacífica de conflictos.

b) Protección del desarrollo y de la integración social de las y los adolescentes

La intervención de la justicia, necesaria para la protección de aquellos intereses, puede afectar negativamente el desarrollo de las y los adolescentes y su integración en la sociedad. Por ello, una finalidad de la justicia juvenil –como una rama autónoma, especializada, de la justicia– es proteger su desarrollo e integración social. Esta finalidad de protección se debe buscar, en primer lugar, a través de su renuncia a intervenir sobre las y los adolescentes, si ello es posible, atendida la gravedad del delito y sus circunstancias personales. En caso contrario, la justicia juvenil debe procurar proteger el desarrollo y la integración social de los adolescentes a través de acciones positivas idóneas para ese objetivo.

Comentario

En los sistemas de justicia juvenil de Iberoamérica con frecuencia se postula, como un principio fundamental que debe guiar su actuación, el de mínima intervención. Ese principio se apoya en estándares de los instrumentos internacionales que exigen aplicar tanto el proceso como la sanción de forma subsidiaria a otras formas de resolución del conflicto, afirmando además un principio de excepcionalidad en el empleo de la privación de libertad. Estos principios se fundan en antecedentes criminológicos que dan cuenta de que la superación de la desviación delictual en la mayoría de los casos se produce espontáneamente en el proceso normal de maduración de un adolescente (conforme al llamado *enfoque basado en el proceso*

de maduración), de modo que la principal contribución de la justicia juvenil debe producirse, no propiamente procurando la reinserción social del adolescente por medio de una intervención aflictiva, sino evitando entorpecer o interrumpir ese proceso de maduración al exponer a las y los adolescentes a contextos criminógenos; es decir, se trata sobre todo de una contribución *pasiva*. Excepcionalmente, cuando no es posible renunciar a la intervención de la justicia juvenil y el o la adolescente es objeto de una sanción penal, especialmente si es privativa de libertad, el Estado debe, dada su posición de garante de los derechos del condenado, intentar favorecer esos objetivos de forma activa –sea al momento de la imposición de la sanción, sea al decidir su modificación o sustitución durante la ejecución– a través de medidas idóneas; por ejemplo, procurando evitar los contenidos de la sanción que pueden entorpecer el proceso de maduración e integración social y fortaleciendo, en cambio, los que pueden promoverlo.

c) Enjuiciamiento con garantías jurídicas

La justicia juvenil, por último, tiene una finalidad de garantía de los derechos de todas las personas involucradas en el proceso judicial.

Comentario

Uno de los objetivos buscados por la justicia penal, también en el caso de la justicia juvenil, es ocuparse de un grave conflicto social e interpersonal a través de un proceso que permita participar y reconozca a todas las personas afectadas o involucradas derechos y garantías, para de ese modo reducir la violencia del conflicto y hacer más predecible y justa su resolución. En el caso de los adolescentes imputados, se trata de garantías sustantivas (como el principio de legalidad), garantías procesales (como el derecho a la defensa) y garantías ejecutivas (como el control jurisdiccional de la ejecución de la sanción). Pero la justicia juvenil también reconoce garantías procesales y asegura derechos sustantivos (de libertad, privacidad y seguridad) a las víctimas y, en lo que corresponda, a los testigos y otros intervinientes, algo indispensable en un contexto que está marcado por el ejercicio de una actividad estatal coercitiva.

5. Fines de la sanción

a) Prioridad de la dimensión expresivo-educativa de la sanción

La sanción impuesta a un adolescente en respuesta a su delito lo reconoce como un sujeto responsable y le expresa –en su caso, ante la comunidad– una reprobación de su acto y una expectativa de que reconozca el valor de los derechos de terceros y de que no vuelva a perpetrar delitos. Sin embargo, dado que el adolescente es un sujeto que aún está en fase de desarrollo, la intensidad de la respuesta debe ser moderada, dando prioridad a la expectativa de aprendizaje y de no reiteración, por sobre la dimensión punitiva de reprobación del acto, en un ejercicio de especial comprensión frente a personas que se encuentran en esa fase de aprendizaje y experimentación. Este énfasis de la sanción de adolescentes, con su efecto

moderador sobre la intensidad de la respuesta, constituye el aspecto central de su dimensión educativa.

Comentario

Los *Estándares comunes para Iberoamérica* asumen una posición de relativo pluralismo frente a la diversidad de opiniones doctrinales que puede observarse en la interpretación de los instrumentos internacionales respecto al espacio que cabría reconocer a ciertos fines de la pena en la justicia juvenil –en particular, al efecto disuasivo o de prevención general y a la retribución, pero también a la educación–. Pero esas diferencias no impiden reconocer en los *Estándares* un conjunto de fines y características de las sanciones para adolescentes, considerados por los instrumentos internacionales de derechos de NNA, procurando desarrollarlos de modo pertinente para la realidad de los sistemas de justicia de los países de Iberoamérica.

Así, de la exigencia de tratar a las y los adolescentes que han infringido la ley penal “de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor” y “que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros” (art. 40.1 CDN) se puede desprender, en primer lugar, su reconocimiento como sujetos responsables, lo que supone que, ante la perpetración de graves atentados a los derechos de otras personas, ellos pueden ser objeto de una respuesta que, a través de la imposición de consecuencias negativas, les exprese reprobación por el acto, unida a la expectativa de que reconozcan el valor de los derechos de las demás personas y no vuelvan a perpetrar delitos.

En segundo lugar, de aquella exigencia se puede derivar una dimensión educativa o socioeducativa de la sanción penal de adolescentes, reconocida por la mayoría de las legislaciones de Iberoamérica. Pero esta dimensión educativa tiene un sentido distinto en el seno de un sistema de justicia que reconoce a las y los adolescentes como sujetos responsables y a la sanción como una consecuencia negativa (aflictiva), que el sentido que podría caberle en un sistema de justicia que concibiera la sanción como una medida benéfica a favor de sujetos incapaces de responder y necesitados de tutela y reforma estatal. En el primer caso, la sanción se dirige a un sujeto considerado capaz de comportarse de acuerdo con las exigencias del derecho, pero de quien se sabe que aún no ha completado su formación y desarrollo, lo que se traduce en que la justicia le exige que responda por sus actos, pero sin hacerle sufrir plenamente las consecuencias de esa responsabilidad, sino solo de una forma atenuada. Ello no solo expresa el valor de la comprensión por parte de la sociedad con quienes durante el proceso de aprendizaje cometen errores con mayor frecuencia que quienes ya están plenamente formados, sino también una comprensión educativa de la relación entre delito y sanción, que pone más énfasis en el mensaje de la norma –los derechos de las demás personas son valiosos y la justicia espera que el adolescente los respete en el futuro– que en la necesidad de que el adolescente sufra una consecuencia negativa para expresar ante la comunidad la reprobación de su conducta. Esa concepción de la dimensión expresivo-educativa de la sanción, a diferencia de la que podría sostenerse desde una concepción tutelar de la justicia juvenil, no confunde sanción con educación propiamente tal, de modo que define a la primera como una carga que (de forma atenuada) el adolescente es condenado a sufrir por su delito, y a la segunda como un derecho –no una imposición– que se debe ver satisfecho a través de las políticas de educación y los métodos e instrumentos de la pedagogía. Una consecuencia práctica de esta dimensión expresivo-educativa de la sanción es que su invocación siempre debe servir para fundamentar una respuesta menos aflictiva que la que

correspondería si la sanción solo buscara retribuir la culpabilidad o responder a necesidades de prevención general, nunca una más aflictiva.

Todo ello no obsta a que, durante la ejecución de la sanción, en el marco de un plan de intervención orientado a favorecer una futura vida sin delitos, el Estado quede sujeto al deber de promover y garantizar el derecho a la educación de las y los adolescentes sancionados.

b) Prevención delictual

Las sanciones penales de adolescentes procuran contribuir a la protección de los intereses individuales y sociales afectados por los delitos perpetrados por adolescentes, a través de las prohibiciones penales, la imposición de sanciones y su ejecución, que deben buscar ante todo promover la reintegración del adolescente y que este asuma una función constructiva en la sociedad. y si bien la contribución de las sanciones a estos fines es modesta en comparación con la que cabe esperar de las políticas sociales y económicas enfocadas en los derechos de los niños y el fortalecimiento familiar –de modo que, siempre que la gravedad del delito y las circunstancias del adolescente lo permitan, la justicia juvenil debe renunciar a favor de medidas que tengan ese foco–, aquella contribución de las sanciones no debe ser desestimada, sobre todo si se trata de sanciones no privativas de libertad, en la medida en que su eficacia preventiva esté basada en evidencia.

Comentario

Las sanciones penales de adolescentes también buscan contribuir a la prevención delictual. Y sin perjuicio de la discusión doctrinaria acerca de si se espera de ellas un efecto disuasivo de carácter general, las sanciones deben buscar, sobre todo, como se desprende de la CDN, que su contribución a la prevención se realice a través de la promoción de la reintegración del adolescente a la sociedad y de que este asuma una función constructiva en ella. Pero, incluso así entendida, la contribución de las sanciones a estos fines es necesariamente modesta, en la medida en que su logro pasa en gran parte por la existencia de políticas más amplias y diversas, como las políticas de niñez y familia, de educación y capacitación para el trabajo, entre otras políticas sociales y económicas. Así lo reconocen las recomendaciones e instrumentos internacionales sobre prevención de la delincuencia. Además, la criminología da cuenta de que, en la mayoría de los casos, la disminución y abandono de la actividad delictual es el resultado de un proceso de maduración del adolescente, al que la justicia juvenil con frecuencia no contribuye positivamente, sino que incluso puede entorpecer; por eso se afirma que la justicia juvenil está llamada a contribuir a aquellos fines primero de forma *pasiva*, a través de instituciones y reglas que evitan, en la medida de lo posible, el contacto de las y los adolescentes con el sistema de justicia y, sobre todo, la privación de libertad, o que procuran reducirlo al máximo. Sin perjuicio de ello, cuando la intervención de la justicia juvenil viene indicada, atendiendo a la gravedad de la sanción y a las circunstancias del adolescente, las sanciones están llamadas a realizar un aporte de importancia a la prevención, a través de programas cuya eficacia esté respaldada por la evidencia empírica, de preferencia manteniendo al adolescente en su medio familiar y social, sin privarlo de libertad.

c) Reparación a la víctima y recomposición de lazos sociales a nivel de la comunidad

Las sanciones de adolescentes también pueden contribuir a reparar –real o simbólicamente– los daños materiales y emocionales sufridos por la víctima del delito. También pueden contribuir a recomponer lazos sociales a nivel de la comunidad a la que pertenece el adolescente.

Comentario

Si bien la posibilidad de reparar los daños sufridos por la víctima a través de una sanción no debe ser menospreciada, las posibilidades de aplicar los principios de una *justicia restaurativa* en los sistemas de justicia juvenil de Iberoamérica se aprecian mejor en el contexto de salidas o mecanismos alternativos al proceso y la sanción, como *reparación en lugar* de sanción, y no *a través* de la sanción. Por lo que respecta a la recomposición de los lazos sociales a nivel de la comunidad de pertenencia del adolescente, se trata de una finalidad más bien simbólica, que puede asociarse a cierto tipo de sanciones (como la prestación de servicios en beneficio de la comunidad), pero que también, de modo más general, puede esperarse del hecho de que el adolescente asuma cierto grado de responsabilidad activa en el cumplimiento de la sanción, incluso de sanciones que representan su compromiso de superar condicionamientos que han influido en su actividad delictual.

d) Fines incompatibles con estándares internacionales

La sanción juvenil no puede tener como fin la mera *incapacitación* o *inocuidación* del adolescente autor del delito, a través de su privación de libertad. Ello es contradictorio con el mandato de protección de su desarrollo e integración social.

Comentario

El relativo pluralismo doctrinario que cabe observar en el debate sobre los fines de la pena en el campo de la justicia juvenil, al interpretar los instrumentos internacionales, desaparece cuando se trata de fines contradictorios con la finalidad de proteger el desarrollo y la integración social del adolescente. Ese es el caso de la finalidad de pura *incapacitación* o *inocuidación* del autor del delito, finalidad que puede estar en la base de demandas de aumento de la extensión de la privación de libertad o de reducción de las facultades judiciales de sustituir anticipadamente ese tipo de sanción durante la fase de ejecución, sin atender al efecto de esa medida en las posibilidades de que el adolescente se integre en la sociedad.

6. Especialidad de la determinación de sanciones de adolescentes y atención al derecho penal común

Atendidas las especiales exigencias del derecho internacional de los derechos de NNA en lo que respecta al trato que debe brindarse de toda persona menor de dieciocho años declarada culpable de haber infringido la ley penal, de modo que puedan alcanzarse los especiales fines

de la justicia juvenil y de sus sanciones, la determinación de la sanción que ha de imponerse a un adolescente debe responder a normas y procedimientos propios, distintos de los que rigen en el derecho penal común. Sin perjuicio de ello, deben tenerse en cuenta los principios jurídicos y criterios de decisión con los que el derecho penal ha concretado la exigencia de proporcionalidad entre la sanción y el delito, muy especialmente el principio de culpabilidad como medida de la pena, así como las garantías consagradas para proteger al acusado o condenado en el proceso de determinación de la sanción.

Comentario

Las sanciones penales de adolescentes, que comparten con las penas de adultos su carácter aflictivo, deben quedar sujetas a límites y garantías que vienen tomados del derecho penal común. Adicionalmente, las finalidades especiales de la justicia juvenil y de las sanciones penales de adolescentes se traducen en la necesidad de contar con un sistema de determinación de sanciones distinto, capaz de realizar esos fines especiales. Esta especial naturaleza, con todo, no debe traducirse en menores garantías, sino, por el contrario, en el reconocimiento de algunas garantías adicionales.

III. ESTÁNDARES RELATIVOS A LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN EN RELACIÓN CON SUS FINES

7. Idoneidad, necesidad y prohibición de exceso (principio de proporcionalidad en sentido amplio)

La sanción penal, en tanto privación o restricción de derechos del adolescente, debe ser proporcionada, en primer lugar, en el sentido de que represente una medida idónea para alcanzar un fin legítimo (juicio de idoneidad), estrictamente necesaria para ello teniendo en cuentas los demás medios alternativos disponibles para hacerlo (juicio de necesidad), y que no resulte excesiva atendiendo la relativa importancia del fin buscado y la intensidad de la afectación de los derechos del adolescente (exigencia de proporcionalidad estricta).

Comentario

El principio de proporcionalidad en sentido amplio –desarrollado especialmente por la dogmática y la jurisprudencia constitucional alemana y, crecientemente, por la jurisprudencia de la Unión Europea– parece ser recogido por algunas legislaciones juveniles de Iberoamérica, y es considerado por parte de la doctrina jurídica especializada desarrollada en este espacio como una guía para la determinación de las sanciones. El objeto de este principio es someter toda medida limitadora de derechos fundamentales a exigencias mínimas de racionalidad, definidas en términos de su idoneidad para alcanzar sus fines declarados, su estricta necesidad –teniendo en cuenta las alternativas menos restrictivas de derechos– y la moderación del sacrificio que impone a los derechos individuales en atención a la

importancia de los fines que busca –prohibiendo un sacrificio que pueda considerarse excesivo en relación con los fines buscados y esperados–.

En aplicación de esta exigencia de proporcionalidad, en el campo de la justicia juvenil, el legislador o la justicia con competencias de control de constitucionalidad de la ley podría tener que: (i) proscribir ciertas sanciones como inidóneas para alcanzar los fines legítimos de la justicia juvenil; (ii) definir concretamente qué otras alternativas deben valorarse a la hora de decidir si la imposición de ciertas sanciones es estrictamente necesaria –bajo un criterio de subsidiariedad– o fijar factores empíricos concretos que deben examinarse al valorar si una alternativa menos aflictiva es suficientemente idónea, como para concluir que la más aflictiva no es estrictamente necesaria; (iii) establecer como criterio de determinación judicial de la sanción penal su idoneidad para alcanzar los fines declarados por la propia ley, en el caso concreto, y iv) sobre todo, fijar pautas o límite absolutos, de proporcionalidad estricta, en el sentido de que –aplicando criterios de proporcionalidad cardinal negativa– se considere que ciertas sanciones o cierta extensión de ellas son derechamente excesivas para responder a cualquier delito, pues la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales que aquellas sanciones suponen para el adolescente no alcanza a ser compensada por el interés buscado a través de su imposición. Al proponer estándares para una consideración especial de la severidad de las sanciones se indicarán algunos de estos límites.

8. Subsidiariedad de la sanción y el proceso frente a otras formas de resolución del caso

La intervención de la justicia juvenil por medio de sanciones penales de adolescentes, medidas cautelares y otros medios coercitivos, debe quedar sujeta al principio de intervención mínima, de modo que solo se recurra a ella en subsidio de otras formas practicables de resolver el conflicto penal, como la remisión de la causa, con o sin implementación de medidas o condiciones, según sea necesario.

Comentario

El reconocimiento de este principio de intervención mínima o de subsidiariedad es una consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio, una vez que se reconoce el carácter aflictivo de la sanción. En efecto, dado que la sanción limita importantes derechos de las y los adolescentes, es necesario que tales restricciones de derechos cumplan con las exigencias de idoneidad, necesidad y prohibición de exceso, teniendo especialmente en cuenta, en el campo de la justicia juvenil, el fin de protección del desarrollo y la integración social del adolescente.

Aquellas otras formas de resolución del conflicto penal, alternativas al proceso penal y la sanción, que han de priorizarse –y que preferentemente deben implementarse fuera del ámbito de la justicia (principio de desjudicialización), salvo cuando puedan suponer una afectación de derechos y garantías de los afectados–, pueden estar orientadas: (i) a evitar una intervención que entorpezca o arriesgue la maduración y desarrollo del adolescente; (ii) a priorizar la protección del NNA que se encuentre en una situación de vulneración o amenaza –por ejemplo, fortaleciendo sus redes familiares, ofreciéndole tratamiento para superación de una adicción a las drogas que esté influyendo en su comportamiento delictual, entre otras

medidas–, o bien, (iii) a priorizar la reparación a la víctima o a la comunidad, sin el recurso a sanciones.

IV. ESTÁNDARES RELATIVOS A LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN CON EL DELITO

9. Factores de proporcionalidad entre sanción y delito

La exigencia de la CDN de que a las y los adolescentes se les brinde un trato que guarde proporción con el delito, aplicada al sistema de determinación de sanciones, supone un triple desafío para la justicia juvenil, tanto a nivel de las normas legales como de los criterios de la jurisprudencia: (i) determinar correctamente la gravedad del delito perpetrado, teniendo en cuenta las particularidades del injusto penal y la culpabilidad cuando el agente es un adolescente; (ii) definir correctamente la severidad o intensidad de las diversas sanciones disponibles, teniendo en cuenta el especial impacto aflictivo que pueden tener en los adolescentes; (iii) identificar qué sanción es proporcionada para qué delito, a partir de criterios de proporcionalidad coherentes con los principios generales –asumidos del derecho penal común– y con los principios especiales de la justicia juvenil.

Comentario

A la hora de intentar dar concreción a la exigencia de proporcionalidad entre la sanción y el delito, y sin necesidad de asumir una justificación retribucionista de la sanción en el campo de la justicia juvenil, son aprovechables los criterios con los que esa orientación intenta determinar una sanción justa y adecuada a la culpabilidad del autor. Esos criterios son, justamente, (i) los que determinan la mayor o menor gravedad del delito perpetrado (gravedad del injusto penal y de la culpabilidad); (ii) los que cuentan como factores de la severidad relativa de las distintas penas contempladas por el legislador, y (iii) los que definen que una determinada medida de severidad penal resulte justa, merecida, para una determinada medida de culpabilidad. En cada caso, como se verá, esos criterios son particulares cuando se trata de determinar la responsabilidad de un adolescente y la sanción que resulta proporcionada al delito que ha perpetrado y a sus circunstancias personales.

10. Consideraciones especiales para determinar la gravedad del delito perpetrado por un adolescente

a) Mayor énfasis en la culpabilidad y consideración prioritaria del desvalor de la conducta, más que del resultado

Si bien los criterios del derecho penal común deben ser el punto de partida para determinar la gravedad del delito perpetrado, la consideración de la especial situación en que se encuentra el adolescente –una persona en pleno desarrollo– frente a las normas penales, así

como la dimensión expresivo-educativa de la sanción como respuesta al delito, exigen prestar mayor atención a la culpabilidad individual del adolescente y, en particular, al desvalor de la conducta, antes que a la gravedad objetiva del delito o la magnitud del daño ocasionado.

Ello debe llevar a atribuir un menor desvalor a conductas cuya lesividad objetiva no puede ser suficientemente comprendida por adolescentes sin la experiencia o conocimientos requeridos, o cuyas especiales exigencias subjetivas no se encuentran presentes en un comportamiento presidido por otro tipo de motivaciones, típicas de los adolescentes. Y también debe llevar a reconocer menor culpabilidad cuando el delito es perpetrado en una situación que, a un adolescente con mayor frecuencia que a un adulto, puede llevarlo a delinquir.

Adicionalmente, una consideración individualizada de la culpabilidad debe conceder importancia, con un efecto limitador de la intensidad de la respuesta penal, a los específicos déficits educativos o de socialización que sufra un adolescente y que justifiquen disminuir el juicio de reprobación de su acto.

La legislación podría contribuir a una consideración más precisa de la culpabilidad del adolescente y del grado de desvalor de sus comportamientos a través del reconocimiento de eximentes incompletas o circunstancias atenuantes de responsabilidad, que capturen esas diferencias en hipótesis paradigmáticas.

Comentario

La justicia juvenil, sin negar la capacidad de las personas menores de edad para responder a las exigencias del derecho, reconoce que se encuentran en una situación especial frente a las normas penales. Esa situación se puede traducir más fácilmente en un menor compromiso subjetivo o individual del adolescente con el delito, que disminuya su desvalor o su culpabilidad, con independencia de su objetiva gravedad. Además, la dimensión expresivo-educativa de la intervención, que debe tener la imposición de la sanción en el seno de la justicia juvenil, también exige concentrar la atención en aquellas dimensiones del delito que son más relevantes para el juicio de condena dirigido a la conducta de una persona en desarrollo: las relativas al desvalor de la conducta, especialmente su gravedad subjetiva. Este énfasis en el desvalor de la conducta se debe entender fundamentalmente como una consideración a favor del adolescente que expresa menor compromiso subjetivo o individual con el delito, y no como una razón para aumentar la respuesta penal en hipótesis de escaso desvalor de resultado (por ejemplo, una tentativa de delito) bajo el pretexto de que aquel habría expresado un alto desvalor de la conducta.

Más allá de la consecuencia de esa diferencia en su posición frente a las normas penales, para toda la categoría de los adolescentes, en términos de su culpabilidad reducida (o “culpabilidad diferenciada”) en comparación con la de un adulto, el delito perpetrado por un adolescente puede ser menos grave, en el caso concreto, debido a una serie de factores que pueden haber desempeñado un papel en su dificultad para advertir la gravedad objetiva del injusto penal, en la ausencia de un elemento subjetivo necesario para que se configure el injusto penal agravado imputado (por ejemplo, un asesinato, en lugar de un homicidio), o en la menor capacidad del adolescente para resistir el impulso en dirección a la perpetración del delito.

Entre las circunstancias que la legislación podría considerar explícitamente para ofrecer a los tribunales una base más sólida desde la cual hacerse cargo de esas situaciones que pueden afectar la culpabilidad del adolescente se pueden contar: el error de comprensión sobre la

especial lesividad de ciertas conductas; la presencia de motivaciones típicamente adolescentes (como el ánimo de juego o de aventura, o de impresionar a otros con la propia destreza o valor) incompatibles con ciertas motivaciones o disposiciones subjetivas requeridas por ciertos delitos (como el ánimo apropiatorio, la premeditación, el ensañamiento, el aprovechamiento de la superioridad de fuerzas); la presión para delinquir impuesta por personas mayores del entorno familiar o social inmediato o por grupos violentos que fijan reglas de conducta informales cuyo seguimiento es un problema de supervivencia, entre otras. Otra opción, seguida por algunos sistemas de justicia juvenil en Iberoamérica, consiste en eximir de responsabilidad penal a los adolescentes por ciertos delitos que, de acuerdo con una decisión general del legislador, si son perpetrados por personas menores de dieciocho años, no están revestidos del suficiente desvalor para merecer una respuesta penal.

b) Menor énfasis en consideraciones de seguridad pública y fines simbólicos

Dada la centralidad de la culpabilidad individual del adolescente, como medida de la gravedad de su delito, no deberían ser decisivas aquellas consideraciones que el legislador ha tenido en cuenta al fijar –y, sobre todo, al aumentar– la pena asignada al delito en la legislación penal común, que sean relativas a objetivos de seguridad pública, como la reducción de cierto tipo de delincuencia que ha ido en aumento, o a fines simbólicos, como la satisfacción de demandas de reconocimiento de ciertos intereses históricamente postergados.

Comentario

Ese tipo de consideraciones, incluso si se les reconoce un papel legítimo en la definición de la legislación penal, con frecuencia se traducen en modificaciones importantes en la escala ordinal de gravedad de los delitos que no prestan suficiente atención al desvalor de la conducta, sino que están enfocadas prioritariamente en el papel de esas modificaciones legales para promover una determinada agenda política, de diverso signo. Así, por ejemplo, la lucha contra la criminalidad organizada o contra el terrorismo, o el reconocimiento simbólico de la extrema gravedad del homicidio en razón del género, identidad y orientación sexual de la víctima, o de la indemnidad sexual de las niñas y niños –aun frente a interacciones consentidas por ellos–, están en la base de incrementos de pena, que pueden considerarse legítimos en el derecho penal común, pero que no deben asumirse automáticamente para decidir que a partir de entonces esos delitos, perpetrados por un adolescente, son mucho más graves de lo que eran antes.

11. Consideraciones especiales para determinar la severidad de las sanciones de adolescentes

a) En relación con la categoría de los adolescentes

Al establecer correspondencia entre la severidad de la sanción y la gravedad del delito, la legislación y los tribunales deben tener en cuenta que las sanciones son objetivamente más

intensas para un adolescente que para un adulto, pues afectan las posibilidades de llevar una vida normal de forma mucho mayor en la fase de la adolescencia que en la fase de vida adulta. Por ello, los principios y reglas de determinación de sanción siempre deben conducir a una sanción menor para un adolescente que para un adulto, para hechos similares. Ello debe garantizarse especialmente tratándose de sanciones privativas de libertad, pero también respecto de sanciones no privativas de libertad que afectan significativamente otros importantes intereses y necesidades del desarrollo de las y los adolescentes, como su educación, salud mental, protección frente a los malos tratos, su imagen y estima en la comunidad.

Comentario

La severidad de una sanción, aun medida *objetivamente* –es decir, sin atender al grado de sufrimiento experimentado subjetivamente por cada individuo, consideración que escaparía a las posibilidades de la justicia–, varía según su capacidad de afectar los intereses vitales de quien sufre la sanción, algo que en la dogmática penal se ha conocido como la diversa *sensibilidad a la pena*. Si esa variación es significativa, la sanción que es proporcionada para un sujeto –atendida la gravedad del delito que perpetró– puede dejar de serlo para otro sujeto –con culpabilidad semejante–.

En relación con los adolescentes, como categoría, cierta corriente del retribucionismo especialmente preocupada por la proporcionalidad de las sanciones ha puesto de relieve que una misma sanción, si es impuesta a un adolescente, afecta en una medida mucho mayor los intereses que comparte con las personas adultas –como el interés en la libertad, privacidad y seguridad, que se ven siempre afectados por la privación de libertad– y que, además, puede afectar especialmente otras dimensiones importantes de lo que representa un estilo de vida *normal* o *estándar* para el sujeto, considerando su respectiva fase vital –como el interés en la vida familiar, en la educación, la salud o en la participación en la vida cultural–. Ignorar esta diferencia –destaca esa misma concepción–, aun si ya se ha hecho un “descuento punitivo” debido a su menor culpabilidad, resulta en un castigo desproporcionado para los adolescentes. La proporcionalidad de la sanción con el delito exige asignar un doble efecto de atenuación o reducción de la sanción, tanto por la menor culpabilidad del adolescente como por su mayor sensibilidad a la sanción.

b) Considerando diferencias etarias dentro de la categoría adolescentes

La determinación de la severidad de la sanción también debe tener en cuenta, como un factor importante, la edad del adolescente, de modo que la ley y los tribunales deben considerar atenuar su cuantía, duración o la intensidad de la restricción de derechos que impone, a medida que sea menor la edad del adolescente.

Comentario

Dentro de la categoría de los adolescentes, una consideración aun objetiva sobre la severidad de la sanción exige reconocer diferencias significativas en la severidad relativa que una misma sanción representa según el tramo de edad de quien la sufre, atendiendo nuevamente a su diverso impacto sobre intereses y necesidades del desarrollo. El reconocimiento de este

aspecto de la proporcionalidad de la sanción con el delito se ve favorecido a través del establecimiento de reglas y límites diferenciados para cada tramo de edad, por parte del legislador.

c) Considerando especiales necesidades de ciertos adolescentes

Por último, la determinación de la severidad de la sanción también debe considerar, en casos especiales, la presencia de circunstancias objetivas que hacen más severa una determinada sanción para ciertos adolescentes que para el común de ellos, por afectar sus derechos o intereses de forma más intensa. En tal caso, la cuantía, duración o intensidad de la afectación de derechos impuesta por la sanción deben atenuarse.

Comentario

Dentro de la categoría de los adolescentes, e incluso dentro de cada tramo etario, una consideración aun objetiva de la severidad de la sanción exige reconocer que en ciertas situaciones una sanción puede resultar mucho más severa para unos adolescentes que para otros, debido a intereses o necesidades susceptibles de consideración objetiva. Criterios como la presencia de una discapacidad o enfermedad crónica, de una situación de embarazo o de maternidad, de completa ausencia de redes familiares o comunitarias –por ejemplo, en situaciones de inmigración ilegal o de pertenencia a una etnia minoritaria–, de orientación homosexual o identidad transexual (a lo menos en contextos en que estos grupos tienden a ser objeto de grave discriminación e, incluso, agresión, en centros privativos de libertad), entre otros, deberían ser tenidos en cuenta por la ley, abriendo con ello espacio a que los tribunales consideren esa diferencia en cada caso y desarrollen una doctrina que permita aplicarlos de manera igualitaria y predecible.

Por último, especialmente respecto de sanciones no privativas de libertad, la incapacidad o la menor capacidad de un adolescente de cumplir con la sanción impuesta, por ejemplo en atención a déficits de competencias cognitivas o sociales claramente identificables, supone una mayor severidad de la sanción, si las reglas sobre incumplimiento o quebrantamiento de la sanción suponen un riesgo cierto de tener que sufrir una más severa en tales hipótesis. Esa circunstancia debe ser tenida en cuenta al decidir la sanción proporcionada al delito.

12. Relación entre gravedad del delito y severidad de la sanción respecto de adolescentes

a) Especial comprensión frente a la adolescencia como fase de aprendizaje

La identificación del grado de severidad de la sanción que es proporcional a la medida de gravedad del delito, respecto de los adolescentes, no resulta simplemente de una calibración adecuada y diferenciada de una y otra medida o factor, sino que también supone un ejercicio de especial comprensión frente a la adolescencia como fase de aprendizaje del comportamiento respetuoso de los derechos de terceros, lo que debe traducirse en que el

rango de sanciones que el legislador pone a disposición de los tribunales –y su extensión máxima– deben expresar y permitir esa especial comprensión.

Comentario

La determinación de la sanción proporcional, en el caso de los adolescentes, va más allá de un ejercicio aritmético que opere un “descuento” de sanción en atención a cada uno de aquellos dos factores (menor gravedad del delito y mayor sensibilidad a la severidad de la sanción): supone una disposición a exigir menos y a perdonar más, ofreciendo más oportunidades al adolescente para aprender de sus errores sin tener que pagar costos muy altos por ellos, que pongan en riesgo su desarrollo y el propio proceso de aprendizaje.

b) Renuncia a reglas de proporcionalidad positiva absoluta respecto de las sanciones privativas de libertad

La imposición de una sanción privativa de libertad no debe venir ordenada de forma absoluta por el legislador atendiendo únicamente al tipo delictivo perpetrado. El tribunal debe contar con espacio para escoger, de acuerdo con las circunstancias concretas del caso, una sanción proporcionada.*

Comentario

Siguiendo una conocida clasificación de las diversas reglas de proporcionalidad de las penas que los ordenamientos penales pueden contemplar, cabe hacer la distinción entre reglas (i) de proporcionalidad cardinal, que permiten definir una medida absoluta de pena adecuada para los delitos más graves y más leves del sistema, y (ii) de proporcionalidad ordinal, que permiten declarar proporcionada o desproporcionada la pena de un delito atendiendo a la pena que ha sido previamente definida como proporcionada para otro delito. Por su parte, la proporcionalidad ordinal puede ser (a) proporcionalidad negativa, que respecto de delitos leves o de mediana gravedad se opone a la imposición de una pena que resultaría desproporcionadamente alta, o (b) proporcionalidad positiva, que para ciertos delitos graves o de mediana gravedad exige un mínimo de severidad en la pena para evitar que resulte desproporcionadamente baja para esos delitos. Por último, las reglas de proporcionalidad ordinal pueden ser 1) absolutas, que imponen límites (negativos o positivos) no sujetos a valoración discrecional por los tribunales mediante la consideración de otros factores, o 2)

* N. de los Eds.: Este principio fue recientemente recogido por la una nueva Observación General (la OG 24), del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, sobre “children’s rights in the child justice system” (derechos de los niños en el sistema de justicia para el niño), declarando que la fijación legal de penas mínimas obligatorias basadas únicamente en el tipo de delito perpetrado (*mandatory minimum sentences*) es incompatible con el principio de proporcionalidad, así como con la exigencia de que la privación de libertad “se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. V. General comment N° 24 (2019) on children’s rights in the child justice system, CRC/C/GC/24, 18 September 2019, disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/24&Lang=en (consultada el 26 de septiembre de 2019), N° 78.

flexibles, que imponen un límite sujeto a un ejercicio de valoración discrecional por los tribunales.

El estándar que se comenta propone proscribir en el derecho penal de adolescentes las reglas de proporcionalidad positiva absoluta, sea ordinal o cardinal, pues la sola consideración del tipo delictivo perpetrado como presupuesto de una regla que ordene de forma absoluta al tribunal imponer una sanción privativa de libertad ignora la específica culpabilidad del adolescente, así como otras circunstancias que objetivamente pueden volver desproporcionadamente aflictiva la sanción privativa de libertad a ser impuesta. En este sentido, la ley no debería establecer tramos o escalas rígidas de exijan, para determinadas categorías delictivas, la imposición de una sanción privativa de la libertad o su máxima extensión. El legislador sí podría considerar reglas de proporcionalidad positiva flexibles, que exijan la imposición de esa especie de sanción si la culpabilidad del adolescente por el tipo perpetrado es suficientemente grave y no se presentan circunstancias que vuelvan desproporcionadamente aflictiva la sanción a su respecto.

En cambio, respecto de las sanciones no privativas de libertad, es posible la consideración de ese tipo de reglas de proporcionalidad positiva absoluta, por ejemplo, exigiendo una sanción más severa que la amonestación o la multa respecto de tipos delictivos más graves, siempre que sean lo suficientemente graves para que en hipótesis de culpabilidad disminuida aquella sanción más severa (no privativa de libertad) siga siendo proporcional a la específica gravedad de la culpabilidad por ese tipo de injusto. En todo caso, aun tratándose de sanciones no privativas de libertad, el tribunal siempre debería contar con diversas sanciones para escoger, evitándose escalas rígidas que asocien necesariamente un solo tipo de sanción a un determinado nivel de gravedad del delito.

c) Reglas de proporcionalidad ordinal negativa respecto de las sanciones privativas de libertad

La ley debería considerar reglas que prohíban la imposición de sanciones privativas de libertad para delitos que no sean suficientemente graves, señalando un límite mínimo de gravedad o un listado de delitos que admite –pero no exige al tribunal– la imposición de esa especie de sanciones.

Comentario

A diferencia de las reglas de proporcionalidad positiva absoluta, las reglas de proporcionalidad negativa absoluta, si bien también limitan el espacio que se deja a los tribunales para escoger una sanción proporcionada atendiendo a las circunstancias del caso, sí están justificadas por a lo menos dos razones. En primer lugar, porque las circunstancias del caso concreto que acompañan la perpetración de un tipo delictivo que no es especialmente grave no pueden aumentar de forma significativa dicha gravedad, cualquiera que sea la concepción que se tenga sobre las relaciones entre culpabilidad e injusto penal; ello contrasta claramente con las circunstancias que disminuyen la culpabilidad por un tipo delictivo grave, que sí pueden modificarla de forma significativa. Y, en segundo lugar, porque el principio de aplicación únicamente excepcional de la privación de libertad, consagrado por la CDN, aporta una razón especial para introducir reglas que limiten la posibilidad de imponer

sanciones de esa especie, circunscribiendo el rango de delitos en que esa alternativa podría llegar siquiera a considerarse, atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Con todo, la decisión legislativa de fijar una gravedad mínima –o un listado de delitos– como condición necesaria para que el tribunal esté facultado para –no obligado a– imponer una sanción privativa de libertad, en algunas jurisdicciones tiende a aplicarse como si al mismo tiempo constituyese una regla de proporcionalidad positiva absoluta, de modo que, sin atenderse a las circunstancias del caso concreto, la sola consideración del tipo de delito perpetrado sirve de fundamento para la imposición de esa especie de sanción. Esta forma de entender las reglas de proporcionalidad negativa es del todo injustificada y sería incompatible con el estándar que promueve la renuncia a reglas de proporcionalidad positiva absoluta (v.12, b).

d) Límites absolutos de proporcionalidad cardinal negativa de las sanciones y máxima de no retroceso

El legislador debe establecer límites y prohibiciones absolutos en relación con sanciones consideradas demasiado severas para las y los adolescentes, así como respecto de la máxima extensión que puede alcanzar la privación de libertad, reconociendo además diferencias entre tramos etarios dentro de la categoría de los adolescentes.

La pena de muerte y la de prisión perpetua no pueden, en caso alguno, quedar dentro de la escala de sanciones aplicables a un adolescente, ni siquiera si la ley considera la posibilidad de sustituirlas o reducirlas en sede de control de la ejecución; por ejemplo, vía libertad condicional.

Los límites y prohibiciones más estrictos que esos, que señalan la duración máxima de las sanciones aplicables –diferenciadas, en su caso, según la edad–, no deberían ser modificados de forma perjudicial para los adolescentes. Debería considerarse la posibilidad de reconocer constitucionalmente esos límites absolutos, como forma de evitar el retroceso por vía de una simple reforma legal.*

Comentario

Con independencia de que una sanción especialmente severa pudiese considerarse proporcional al delito, en la escala ordinal –por ejemplo, si la sanción inmediatamente inferior en gravedad es aplicable al delito más grave del sistema, una sanción más severa aún podría parecer indicada para quien resulte responsable de un concurso de esos delitos–, ella puede resultar desproporcionada en términos absolutos, en una dimensión cardinal. Para la CDN, ese es el caso de la pena capital y la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación. Pero con el establecimiento del principio de brevedad de la privación de libertad (“por el más

* Nota de los Eds.: En la nueva Observación General (la OG 24), del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, sobre “children’s rights in the child justice system” (derechos de los niños en el sistema de justicia para el niño), que sustituye a la OG 10, este principio se recoge de forma más enfática que antes; recomendando que los Estados Parte establezcan una duración máxima para la sanción privativa de libertad, que rija sin excepciones, y que refleje el principio del “período más breve que proceda”. V. General comment N° 24 (2019) on children’s rights in the child justice system, CRC/C/GC/24, 18 September 2019, disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/24&Lang=en (consultada el 26 de septiembre de 2019), N° 77.

breve plazo posible”), la CDN también promueve límites más estrictos. Por eso, el legislador debe decidir qué límites absolutos de proporcionalidad ordinal negativa debe fijar, especialmente para dar concreción al principio de brevedad de la privación de libertad, atendiendo al tramo etario de cada adolescente.

Además, en la medida en que aquellos límites tienen su fundamento en el respeto de los derechos humanos de las y los adolescentes, debería darse aplicación al principio de no retroceso o prohibición de regresividad, que tiene apoyo en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 29) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 53). Es deseable la fijación de esos límites en las constituciones de los países iberoamericanos, pues así se reforzaría su carácter de estándares de derechos humanos, sujetos a tal prohibición.

e) Renuncia especial a una sanción proporcionada en virtud de procesos de justicia restaurativa

Los sistemas de justicia juvenil que contemplen procesos de justicia restaurativa pueden renunciar en ciertos casos a la imposición de una sanción proporcionada al delito, sea imponiendo una menos severa que la que sería proporcionada a ella o prescindiendo de toda sanción, cuando la víctima del delito y la comunidad puedan ser satisfactoriamente reparados a través de un reconocimiento serio, por parte del adolescente, de lo injusto de su delito, o bien a través de su compromiso activo con un proyecto de vida que prescinda de la perpetración de delitos en el futuro.

La implementación de la justicia restaurativa debe evitar una aplicación de las sanciones penales con sesgo de clase o bajo cualquier otra forma de discriminación, ofreciendo efectivamente aquella oportunidad a todo adolescente, cualquiera sea su condición personal, social o familiar.

En todo caso, las salidas basadas en los principios de la justicia restaurativa deben respetar los derechos y garantías reconocidas a las y los adolescentes imputados y a la víctima del delito.

Comentario

La experiencia de los sistemas de justicia juvenil da cuenta del potencial de los procesos de justicia restaurativa para resolver ciertos conflictos penales de forma menos violenta o aflictiva que a través de la imposición de sanciones, o bien reduciendo la severidad de las sanciones, con resultados más satisfactorios para todos los intervinientes. Ese potencial puede ser aprovechado, para responder de manera más satisfactoria tanto a los intereses de las víctimas de los delitos y de la comunidad, como al interés del adolescente en la protección de su desarrollo y la promoción de su integración social.

Pero si los presupuestos de implementación de las salidas propias de la justicia restaurativa están definidos en términos que ponen mucho énfasis en las competencias sociales, comunicativas e, incluso, empáticas del adolescente autor, hay un riesgo relevante de que esta alternativa no esté efectivamente a disposición de los adolescentes de cualquier condición. La implementación general de esta forma de enfrentar conflictos penales debe estar atenta a ese riesgo, formulando sus presupuestos de aplicación en términos que no resulte discriminatoria.

Por último, aun cuando las salidas promovidas por la justicia restaurativa se planteen como una alternativa a la sanción, dado que son decididas o autorizadas por la justicia, como consecuencia de un delito, deben respetarse las garantías reconocidas por el derecho al adolescente o a la víctima. En el caso de los adolescentes, deben respetarse en primer lugar las garantías penales sustantivas, de modo que en ningún caso procederá este tipo de salidas de la justicia restaurativa si el hecho no constituye un delito o si concurren circunstancias que eximen de responsabilidad al adolescente. También deben respetarse las garantías procesales del adolescente imputado, tanto al resolverse si acaso la imputación es plausible como ante el evento de que el fracaso del proceso de mediación o reparación la justicia juvenil reanude la persecución de responsabilidad del adolescente (caso en que es crucial que se haya respetado el derecho del adolescente a no autoincriminarse y que la presunción de inocencia no se vuelva ilusoria por existir constancia de los dichos del adolescente sobre su intervención en el hecho). Por último, los derechos y garantías de la víctima del delito, especialmente los que aseguren que su participación es libre de toda coacción y con conocimiento de causa, deben también protegerse en los procesos de la justicia restaurativa.

13. Criterios de imposición de internamiento provisional y su impacto en la práctica sancionatoria. Proporcionalidad de la medida cautelar

La imposición de medidas cautelares privativas de libertad, como el internamiento provisional, debe cumplir con las exigencias de proporcionalidad propias de una medida de carácter procesal, pero teniendo en cuenta también la gravedad del delito de que se trata, de modo que tales exigencias no pueden ser menores que las que rigen la imposición de sanciones penales de esa naturaleza. Así, la medida de internamiento provisional solo puede justificarse si es idónea y estrictamente necesaria para satisfacer los fines del proceso, y si los riesgos que tal medida supone para el desarrollo e integración social del adolescente no son desproporcionadamente altos en comparación con la importancia de satisfacer aquellos fines procesales en el caso concreto. Tales riesgos en todo caso se tendrán por desproporcionadamente altos si, aun en el evento de que la responsabilidad del adolescente resultare establecida, una sanción privativa de libertad sería desproporcionada para el delito que se le imputa.

Además, debe contarse con medidas cautelares personales no privativas de libertad eficaces, que hagan innecesario, salvo en casos calificados, recurrir al internamiento provisional.

Comentario

Si bien la proporcionalidad de las medidas cautelares privativas de libertad responde a sus propios criterios, atendiendo a necesidades procesales y ponderándolas con los riesgos que suponen para el adolescente, la determinación de la importancia de tales necesidades en un caso concreto –por ejemplo, asegurar la comparecencia del adolescente imputado cuando hay un peligro cierto de fuga– no puede hacer abstracción de qué tan grave es el delito imputado. Así, y dado que la privación de libertad supone altos riesgos, resulta desproporcionado exponer al adolescente a ellos durante la investigación o el juicio si, atendido el delito que se le imputa, aun en el evento de que resulte condenado no podría imponérsele una sanción privativa de libertad, por ser desproporcionada para ese delito.

Adicionalmente, la imposición de internamiento provisional durante la investigación y el juicio suele tener, en la práctica de la justicia juvenil de algunos países de Iberoamérica, un gran impacto en la posterior decisión de imponer una sanción privativa de libertad (*efecto inercial* de la medida cautelar). A la inversa, la circunstancia de que el adolescente haya estado sujeto a una medida cautelar no privativa de libertad, y la haya cumplido satisfactoriamente, es un predictor fundamental de la probable imposición de una sanción no privativa de libertad. Esa circunstancia refuerza la razonabilidad de tener en cuenta, al momento de decidir la medida cautelar, si acaso se trata de un delito que podría llegar a sancionarse con privación de libertad en caso de condena, debiendo prohibirse imponer el internamiento provisional si, para el tipo de delito que se imputa, la sanción de internamiento resultaría desproporcionada.

Sin perjuicio de lo anterior, para favorecer la moderación en el uso del internamiento provisional –y, con ello, de las sanciones privativas de libertad– parece ser más importante aún la implementación sistemática y eficaz de medidas cautelares personales no privativas de libertad, dotadas de acompañamiento profesional al adolescente y provistas de otros medios necesarios para reducir el riesgo de no comparecencia del adolescente al proceso y de reiteración delictiva.

V. ESTÁNDARES RELATIVOS A LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN CON LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ADOLESCENTE

14. Pertinencia de la consideración de las circunstancias del adolescente de conformidad con criterios legales

La exigencia de proporcionalidad, establecida por la CDN, también se refiere a que el trato brindado a las y los adolescentes guarde proporción con sus circunstancias. En el campo de la determinación de la sanción, esta exigencia supone a lo menos reservar a los tribunales un espacio razonable de discrecionalidad reglada para que la sanción –además de justa– tome en cuenta la situación real del adolescente, en aquello que sea pertinente de acuerdo con los criterios establecidos por la ley en el respectivo sistema de justicia juvenil.

Comentario

Cuáles son esos criterios que han de servir para definir los aspectos de la situación del adolescente cuya consideración es pertinente, es una cuestión crucial, no definida claramente por los estándares establecidos por los instrumentos internacionales. Pero algunos de esos criterios pueden desprenderse de principios explícitos o implícitos de esos mismos instrumentos, mientras que otros surgen de una valoración de los focos problemáticos advertidos en el estudio de los sistemas de justicia juvenil de Iberoamérica.

15. Consideración no discriminatoria de las circunstancias del adolescente y principio de legalidad de la sanción

En consonancia con las definiciones que cada sistema de justicia juvenil haga respecto de los fines del sistema y de las sanciones de adolescentes, las circunstancias del adolescente deben ser tenidas en cuenta al decidir qué sanción resulta proporcionada en el caso concreto, de conformidad con criterios claros que, por una parte, permitan a los tribunales disponer de un espacio de discrecionalidad razonable para imponer una sanción justa y adecuada a aquellos fines, en el caso concreto, y por otra parte, respeten el principio de la legalidad de la sanción, evitando una aplicación del derecho discriminatoria o no predecible.

En particular, para evitar una aplicación discriminatoria del derecho, la elección entre una sanción privativa de libertad y una no privativa de libertad no debería depender fundamentalmente de circunstancias del adolescente que no tengan relación con la proporcionalidad entre la sanción y el delito.

En cambio, la elección entre dos sanciones no privativas de libertad similares en severidad sí debería considerar las circunstancias del adolescente que tengan relación con la idoneidad relativa de una y otra para favorecer la integración social del adolescente, si ese es un fin de la sanción en la ley.

Comentario

La exigencia de un trato que guarde proporción no solo con la infracción, sino también con las circunstancias del adolescente, tiene un papel importante dentro de los principios de la CDN. Pero su implementación en la ley y la jurisprudencia de los tribunales se debe hacer con consciencia de los riesgos asociados a una práctica indiscriminada de *individualización* de la sanción, que la criminología ha contribuido a identificar y someter a crítica bajo la acusación de una aplicación del derecho con serios sesgos de clase y etnia (criminalización de la pobreza y la vulnerabilidad social). Por ello, la regulación legal y la práctica de los tribunales deben responder a principios y criterios claros, sin perjuicio de que hay diversas opciones sobre la forma de considerar las circunstancias del adolescente bajo una doctrina razonable.

De hecho, la exigencia de una consideración diferenciada de la gravedad del delito (v. 10) ya supone una primera y muy importante forma de atender a las circunstancias del adolescente, al decidir qué sanción resulta proporcionada. Adicionalmente, la consideración diferenciada de la severidad de la sanción, atendiendo a las circunstancias del adolescente que lo hacen más sensible a la dimensión aflictiva de la sanción (v. 11), también se hace cargo de aquella exigencia, tanto si atiende a aspectos individuales que hacen más riesgosa una sanción para el desarrollo o los derechos de un adolescente determinado, como si atiende a su menor capacidad para cumplir con cierta sanción, exponiéndose al riesgo de una sanción por quebrantamiento. Así, en ninguna de estas dos formas de tener en cuenta las circunstancias del adolescente se aprecia un riesgo grave de aplicación discriminatoria del derecho.

Por último, la consideración de las circunstancias del adolescente como un criterio para escoger una sanción idónea para conseguir fines de prevención especial positiva es coherente con la definición que los sistemas de justicia juvenil suelen hacer respecto de los fines de la sanción. Con todo, la atención a esos fines sí supone un riesgo grave de aplicación discriminatoria del derecho. Por ello, la pretendida idoneidad de la sanción para la integración social del adolescente no puede servir como la base fundamental para escoger a unos

adolescentes como mejores candidatos para una sanción en libertad y a otros como mejores candidatos para una sanción de encierro, en casos que sean equivalentes desde el punto de vista de las condiciones de proporcionalidad entre la sanción y la gravedad del delito. Menos riesgos supone, en cambio, la consideración de ese tipo de circunstancias para escoger entre dos o más sanciones no privativas de libertad cuya severidad –intensidad aflictiva– sea (relativamente) similar.

16. Antecedentes penales previos del adolescente

La circunstancia de que un adolescente haya perpetrado delitos con anterioridad no debe desempeñar papel alguno en la determinación de la sanción, pues no tiene relación con la proporcionalidad entre la sanción y el delito, y tampoco consiste en una circunstancia actual del adolescente, sino un dato del pasado, que no es justo convertir en un estigma social.

Los registros en que consten las condenas previas de un adolescente deben ser estrictamente confidenciales. A ellos solo podrán acceder los funcionarios de la justicia juvenil que estén debidamente autorizados por la ley.

Comentario

La *reincidencia* delictual no constituye por sí misma un criterio de proporcionalidad de la sanción con el delito o con las circunstancias del adolescente. La criminología da cuenta de que la perpetración ocasional de delitos es relativamente normal durante la adolescencia, una fase en que el aprendizaje del comportamiento socialmente aceptable puede pasar por conflictos y experimentación con los límites de lo permitido. De modo que el hecho de haber perpetrado un delito en el pasado, fuera de que no guarda relación con la gravedad del delito actual, por sí mismo no dice nada sobre las circunstancias presentes del adolescente.

Adicionalmente, dado el serio riesgo de estigmatización que la etiqueta de delincuente supone para un adolescente, los registros en que consten sus condenas penales previas deben estar sujetos a una confidencialidad estricta, debiendo determinar la ley de forma restrictiva los funcionarios de la justicia juvenil que pueden tener acceso a ellos, para los fines considerados por la propia ley (por ejemplo, para unificar condenas en el futuro o para considerar marginalmente una reducción de la intensidad de la sanción, a favor de quien no cuentan con condenas anteriores).

17. Circunstancias del adolescente durante la ejecución de la sanción

Las circunstancias del adolescente, aun las que no se refieren a la gravedad del delito perpetrado, deben desempeñar un papel de importancia durante la ejecución de la sanción, especialmente para fundamentar decisiones judiciales o administrativas de sustitución temprana o de término anticipado de la sanción. Entre las circunstancias a tener en cuenta debe darse especial relevancia a todo cambio de condiciones que: (i) haga aconsejable la modificación de la sanción para favorecer la integración del adolescente; (ii) dé cuenta de una mayor dificultad objetiva del adolescente para cumplir la sanción originalmente

impuesta, con un elevado riesgo de incumplimiento de la sanción, que podría perjudicar su situación legal, o bien (iii) se traduzca en una intensificación del impacto negativo de la sanción original en las necesidades e intereses del adolescente.

En el caso de la sustitución o término anticipado de una sanción privativa de libertad, el cambio de condiciones que haga aconsejable poner en libertad al adolescente para favorecer su integración social debe consistir fundamentalmente en la actitud y compromiso del propio adolescente con un proyecto de vida que prescinda de la perpetración de delitos, o bien con cambios específicos que lo hagan posible, como la superación de una adicción que haya influido de forma relevante en su actividad delictual previa.

El ejercicio de las facultades de los tribunales o de la administración para adoptar este tipo de decisiones durante la ejecución de la sanción debe estar regulado por la ley, respetándose plenamente las garantías de las y los adolescentes, incluido su derecho a una revisión periódica de la sanción, de oficio o a petición de parte, para su posible modificación o término anticipado, y a que esta decisión sea adoptada o revisada por el tribunal en una audiencia en la que el adolescente cuente con defensa técnica y con la posibilidad de presentar pruebas a favor de su pretensión y de controvertir las que se oponen a ella.

Comentario

Las prevenciones establecidas frente al peligro de que las circunstancias del adolescente ajenas a la gravedad del delito determinasen una aplicación discriminatoria de las sanciones, sobre todo de las privativas de libertad, son menos relevantes durante la ejecución de la sanción y debe existir mayor espacio para considerarlas, como fundamento para una decisión de sustitución temprana o de término anticipado de la sanción. Con todo, como durante esta fase de todos modos subsiste el riesgo de una aplicación discriminatoria de las reglas, sobre todo de las que permiten la excarcelación, la decisión debe poner especial acento en las circunstancias personales que no discriminan a las y los adolescentes de conformidad con su situación de vulnerabilidad social, sino que valoran su actitud y compromiso con un proyecto de vida futuro sin delitos.

Dada la importancia de la fase de ejecución de la sanción en la configuración concreta de la sanción que el adolescente efectivamente cumplirá, todas las decisiones que tengan incidencia en ello deben respetar el principio de legalidad de la ejecución y las garantías procesales que permiten al adolescente defender sus derechos. En relación con la consideración de las circunstancias del adolescente, para decidir una posible modificación o término anticipado de la sanción, esas garantías suponen la revisión periódica de la sanción y la posibilidad de que un tribunal decida la posible modificación o término anticipado de la sanción, o revise la decisión de la administración que no dio lugar a una solicitud en tal sentido, con pleno respeto a las garantías del debido proceso que corresponden a esta fase, incluidos a lo menos el derecho a la defensa técnica y a aportar pruebas a favor de su pretensión o a controvertir las que podrían perjudicarla.

VI. ESTÁNDARES ESPECÍFICOS PARA LA IMPOSICIÓN JUDICIAL DE LA SANCIÓN

18. Criterios de selección de una sanción privativa de libertad

a) Prohibición de discriminación negativa del adolescente, en relación con los adultos

En ningún caso se podrá imponer a un adolescente una sanción privativa de libertad por un delito que, de haber sido perpetrado por un adulto, no sería sancionado efectivamente con una pena de esa naturaleza.

Comentario

Aunque ello debería desprenderse naturalmente de la menor culpabilidad de los adolescentes y de su mayor sensibilidad a la sanción, en comparación con los adultos, así como de la máxima que exige una especial comprensión de parte del sistema penal frente a ellos, la legislación debe proscribir expresamente la imposición de una sanción privativa de libertad a un adolescente en aquellas hipótesis que para un adulto no serían sancionadas efectivamente con una pena de esa naturaleza. El cumplimiento de esta prohibición debe atender a la sanción que efectivamente sufriría un adulto en una situación similar –más allá de la que nominalmente la ley contempla para el respectivo delito–, considerando la posible suspensión condicional o sustitución de la pena por una no privativa de libertad.

b) Idoneidad y necesidad de la sanción privativa de libertad

No podrá recurrirse a una sanción privativa de libertad si ella no representa un medio idóneo para realizar los fines que la ley asigna a la sanción o si recurrir a ella no es estrictamente necesario debido a la insuficiencia de las demás sanciones para alcanzar tales fines.

La pretendida idoneidad de una sanción privativa de libertad para lograr la integración social de un adolescente no puede servir de fundamento para preferirla a una sanción no privativa de libertad.

Comentario

El principio de proporcionalidad de la sanción en relación con sus fines (v. 7) exige, en primer lugar, que toda medida que afecte derechos fundamentales sea idónea para alcanzar los fines (constitucionalmente lícitos) que se propone y que el sacrificio que impone a los derechos afectados sea necesario, en el sentido de que no haya otro medio menos lesivo de alcanzar los mismos fines, fuera de la exigencia de proporcionalidad estricta o *prohibición de exceso* (a la que se alude más bien con el examen de proporcionalidad entre gravedad del hecho y severidad de la sanción).

Esas exigencias son fundamentales cuando el medio escogido es la privación de libertad (aunque también se aplican a las demás sanciones), sanción que los instrumentos internacionales vigentes en la materia, como la CDN, buscan relegar a la categoría de un último recurso, que además se aplique por el más breve plazo posible. Así, y dado que estos principios se apoyan en las evidencias disponibles sobre los importantes riesgos que la

privación de libertad supone para el desarrollo e integración social de los adolescentes, la idoneidad de la sanción privativa de libertad difícilmente podría ser entendida en relación con su aporte a ese fin. De modo que la idoneidad de esa sanción debe ser definida fundamentalmente en relación con otros fines, cuya consecución a través de una injerencia tan intensa en los derechos del adolescente condenado sea necesaria solo en casos extraordinariamente graves. Esos fines pueden entenderse de diversas formas, según si la legitimación de esa sanción tan severa se intenta fundamentar en una concepción retributiva, de confirmación de la vigencia de la norma, o de expresión de una reprobación orientada a la educación; pero en cualquier caso son fines asociados a una necesidad que solo los delitos más graves plantean a la justicia juvenil y cuya realización por medios menos lesivos es cada vez más plausible, mientras menor sea la culpabilidad concreta del adolescente. En tal sentido, la idoneidad y la necesidad de la sanción privativa de libertad aparecen estrechamente vinculadas a su proporcionalidad estricta con la gravedad del delito y a las circunstancias del adolescente, sobre todo las circunstancias que especifican su culpabilidad individual, así como la concreta aflictividad de la sanción.

Lo anterior no obsta a la exigencia de que los programas implementados al interior de los centros de cumplimiento de sanciones privativas de libertad cuenten con todos los recursos necesarios para ser ejecutados de forma profesional y adecuada para propender al cumplimiento de los fines educativos y de integración social que, a lo menos en esa fase –de ejecución–, deben guiar toda sanción en el seno de la justicia juvenil.

c) Criterios específicos aplicables en sistemas jurídicos con reglas de proporcionalidad negativa

En los sistemas de justicia juvenil que contemplen reglas de proporcionalidad negativa, exigiendo un determinado nivel de gravedad en el delito o señalando un listado de delitos graves que facultan al tribunal para imponer una sanción privativa de libertad, los criterios de selección de la naturaleza de la sanción deben atender: (i) al específico desvalor de la conducta y la culpabilidad del adolescente (v. 10); (ii) a circunstancias que puedan hacer de esa sanción una intervención desproporcionadamente aflictiva para el adolescente (v. 11), y (iii) a otras circunstancias del adolescente cuya consideración no resulte discriminatoria (v. 15).

Comentario

Por las razones indicadas al postular una consideración no discriminatoria de las circunstancias personales del adolescente (v. 15), la decisión de imponer o no a un adolescente una sanción privativa de libertad no puede depender de sus cualidades personales ni de sus condiciones sociales y familiares de vida, sino fundamentalmente de que esa sanción resulte proporcionada al delito.

Teniendo en cuenta el carácter aflictivo de la sanción y los severos daños que la privación de libertad con frecuencia provoca en las condiciones de vida y los derechos del adolescente, el hecho de que la decisión de quién es un buen candidato para una sanción no privativa de libertad y quién no lo es termine dependiendo, no de la forma en que cada adolescente se ha comportado –frente a las normas penales–, sino de qué condiciones de vida le tocaron, parece reñir con principios elementales de justicia. El riesgo de que en la determinación de una

sanción se cometa tal injusticia es menor si la legislación cuenta con reglas de proporcionalidad negativa, que por esa razón deben ser favorecidas. Pero la adopción de tales reglas no elimina aquel riesgo, solo lo reduce, en el sentido de que únicamente los adolescentes que han perpetrado delitos de cierta gravedad podrían ser objeto de una sanción privativa de libertad, pero subsiste el riesgo de que la decisión de quiénes entre ellos serán privados de libertad y quiénes no termine dependiendo de un juicio sobre sus condiciones de vida más que sobre su conducta. Por eso, aun si se ha establecido ese tipo de reglas de proporcionalidad negativa, los criterios de elección de la sanción privativa de libertad deben seguir fundamentalmente basados en la proporcionalidad entre la sanción y el delito, considerando circunstancias más específicas del caso concreto (que las más bien abstractas que la ley considera al fijar reglas de proporcionalidad), sin perjuicio de otras circunstancias del adolescente cuya consideración no resulte discriminatoria, en el sentido en que se ha venido planteando (v. 15). Así, por ejemplo, el comportamiento que el adolescente ha mantenido –frente a las normas penales y a los derechos de terceros– durante el cumplimiento de una medida cautelar, además de servir de un indicador relevante desde el punto de vista criminológico, sí puede tener alguna influencia en aquella decisión sin lesionar principios de justicia, en la medida en que entrega a cada adolescente cierto control sobre los factores que pueden hacerle destinatario de una sanción de una u otra especie.

d) Criterios específicos aplicables en sistemas jurídicos sin reglas de proporcionalidad absoluta

En los sistemas de justicia juvenil que no contemplen reglas de proporcionalidad negativa y dejen abierta la posibilidad de imponer sanciones privativas de libertad en principio para cualquier delito, la ley debe considerar como un criterio fundamental para la selección de la naturaleza de la sanción la proporcionalidad entre la severidad de la sanción y la gravedad del delito perpetrado. A partir de ese criterio, la jurisprudencia de los tribunales debería desarrollar estándares claros acerca del mínimo nivel de gravedad del delito, atendiendo especialmente al tipo penal de que se trate, para que esas sanciones puedan siquiera ser consideradas como una opción por el tribunal.

Tratándose de delitos que satisfagan ese mínimo, los restantes criterios considerados por la ley para la elección de la sanción deben permitir al tribunal atender a las circunstancias del caso concreto del mismo modo indicado para los sistemas que cuentan con reglas de proporcionalidad negativa absoluta.

Comentario

El riesgo de que la decisión de privar de libertad a unos adolescentes y no a otros sea discriminatoria se incrementa si la ley no señala un mínimo de gravedad del delito como requisito para recurrir a sanciones de ese tipo. En sistemas de justicia juvenil con legislaciones de ese tipo, es fundamental que los criterios de determinación de la sanción penal juvenil establecidos en la ley asignen una importancia fundamental a la proporcionalidad entre la sanción y el delito. A partir de ellos, la jurisprudencia podría llenar aquel vacío estableciendo qué nivel mínimo de gravedad del delito satisface esa exigencia de proporcionalidad cuando se trata de imponer una sanción privativa de libertad.

La decisión de en qué casos, de entre todos los que satisfagan ese nivel mínimo de gravedad, se impondrá una sanción de ese tipo y en cuáles no, debe apoyarse fundamentalmente en criterios que especifiquen el nivel de gravedad del delito, en concreto, y, en su caso, que atiendan a consideraciones que puedan volver esa sanción más aflictiva para ciertos adolescentes, atendidas las circunstancias.

19. Criterios de determinación de la extensión de la sanción privativa de libertad

a) Proporcionalidad con el delito

La determinación de la extensión de la sanción privativa de libertad debe responder fundamentalmente a las circunstancias del caso concreto que especifican el desvalor de la conducta y la culpabilidad del adolescente.

Además, podrán considerarse otro tipo de circunstancias del adolescente, que no tengan relación con la gravedad del delito (v. 16 c), que se hayan puesto de manifiesto durante el cumplimiento de una medida cautelar y que hagan aconsejable fijar una extensión menor, incluso una que permita tener por ejecutada la sanción con el tiempo de internamiento provisional ya cumplido. En tales casos, la ley podría permitir imponer una sanción que combine un tiempo más breve de privación de libertad con una sanción no privativa de libertad que comience a ejecutarse inmediatamente después del término de aquella.

Comentario

Nuevamente, el reconocimiento del carácter aflictivo de la sanción y los severos daños que la privación de libertad con frecuencia provoca en las condiciones de vida y los derechos del adolescente determinan que los criterios de determinación de la extensión de la sanción deban estar fundamentalmente referidos a la proporcionalidad entre la gravedad del delito y la severidad de la sanción, atendidas todas las particularidades que la justicia juvenil debe reconocer al valorar la (menor) gravedad del injusto y la culpabilidad de los adolescentes y a la (mayor) intensidad con que una sanción de esa naturaleza afecta sus necesidades e intereses.

b) Prohibición de discriminación negativa y deber de trato privilegiado al adolescente, en relación con los adultos

La extensión de la sanción privativa de libertad impuesta al adolescente en ningún caso podrá superar y, por el contrario, debe ser claramente inferior a la extensión de la pena privativa de libertad que, de haberse perpetrado el delito por una persona mayor de edad, probablemente se le habría impuesto.

Comentario

Las mismas consideraciones tenidas en cuenta para prohibir la discriminación negativa de los adolescentes en la decisión de imponerles una sanción privativa de libertad fundamentan

una prohibición similar en la fijación de la extensión de esa sanción y, más aún, un deber de trato privilegiado, en el sentido de que esa extensión debe ser claramente inferior a la de la pena privativa de libertad que habría de imponerse al adulto en una situación similar.

20. Criterios de selección entre sanciones no privativas de libertad

La selección de una determinada sanción no privativa de libertad frente a otras sanciones posibles, de la misma naturaleza, debe fundarse primordialmente en su mayor idoneidad para favorecer, o para no entorpecer, la integración social del adolescente, sin perjuicio de resguardarse la debida proporcionalidad entre la intensidad de la intervención que ella supone en la vida del adolescente y la relativa gravedad del delito perpetrado.

Comentario

Si bien las sanciones no privativas de libertad también deben guardar proporción con el delito perpetrado y, por esa razón, las circunstancias que definen la gravedad del delito y la severidad relativa de las diversas sanciones no privativas de libertad deben desempeñar un papel importante en la selección de una de ellas por parte del tribunal, otro criterio fundamental que el tribunal debe tener en cuenta al escoger qué sanción no privativa de libertad impondrá es la diversa idoneidad de unas u otras para el cumplimiento de los fines de integración social, tanto positivamente –en el sentido de preferir una sanción que promueva la integración social– como negativamente –en el sentido de evitar una sanción que puede entorpecer la integración social del adolescente–.

En particular, la mayor idoneidad de una sanción para promover positivamente la integración social del adolescente puede ser un criterio fundamental en la elección de una sanción no privativa de libertad por sobre otra, si se satisfacen dos exigencias en el caso concreto: (i) que se cuente con información confiable sobre la presencia de factores determinados que afectan al adolescente y que requieren una intervención específica para favorecer el desistimiento de la actividad delictual, para el cual el solo proceso de maduración del adolescente probablemente no va a ser suficiente, y (ii) que la sanción a imponer esté en condiciones de ser implementada a través de programas cuya eficacia esté basada en evidencia empírica.

Las consideraciones relativas a la necesidad de una intervención positiva a favor de la integración social del adolescente deben balancearse con una debida atención al criterio de proporcionalidad entre la sanción y la gravedad del delito, evitando intervenciones muy intensas en la vida del adolescente –aun si no son privativas de libertad– por delitos leves. Un límite infranqueable –pero en sí mismo insuficiente– debe ser la prohibición de imponer al adolescente sanciones más severas que las que habría sufrido un adulto por un delito de gravedad equivalente. Más allá de ello, la debida proporcionalidad entre la sanción y el delito debe considerar la menor culpabilidad del adolescente y el mayor impacto aflictivo de las sanciones cuando son impuestas en esa fase de vida.

VII. ESTÁNDARES ESPECÍFICOS PARA LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA SANCIÓN, DURANTE SU EJECUCIÓN

21. Plan individual de cumplimiento

Todo adolescente a quien se imponga una sanción penal debe contar con un plan individual de cumplimiento, aprobado por el tribunal, que establezca claramente sus objetivos, contenido, etapas y plazos de implementación, así como la autoridad o institución responsable de la ejecución.

El plan de cumplimiento deberá ser revisado y actualizado cada vez que cambien las circunstancias que fueron tenidas en cuenta al formularlo y aprobarlo, circunstancia que deberá ser comunicada al tribunal por la autoridad o institución responsable de la ejecución, sin perjuicio del derecho del adolescente de solicitarlo en cualquier momento. Adicionalmente, la ley o el tribunal deberán considerar plazos de revisión de oficio de la sanción.

Comentario

La posibilidad de que la sanción se ejecute de forma consistente con los fines que prevalecen en esta fase depende en gran medida de que en todo momento se cuente con un plan de cumplimiento actualizado, de conformidad con las circunstancias del caso, que pueden ir cambiando en el tiempo. Las exigencias formuladas en este estándar buscan asegurar tanto el cumplimiento de oficio de la responsabilidad de revisar y adecuar el plan por parte de los tribunales y las autoridades administrativas –en los sistemas que les confieran competencia para ello–, como el derecho de las y los adolescentes a provocar la revisión y actualización del plan.

22. Consideración primordial del desarrollo e integración social del adolescente durante la ejecución de las sanciones y sustitución o término anticipado de la sanción

Sin perjuicio del papel que la ley asigne a la proporcionalidad entre el delito y la severidad de la sanción efectivamente ejecutada, durante la fase de ejecución debe atenderse, como una consideración primordial, al impacto que la ejecución esté teniendo en el desarrollo y la integración del adolescente.

Tratándose de una sanción privativa de libertad, es fundamental tener en cuenta el impacto negativo de la sanción, que puede justificar una modificación temprana de ella, sea sustituyéndola por otra más favorable para el desarrollo o integración social del adolescente, sea poniéndole término anticipado de modo que el adolescente pueda iniciar un proceso de desarrollo libre de toda intervención del sistema de justicia juvenil.

La ley o la jurisprudencia de los tribunales deben desarrollar de forma explícita los criterios en los que se especifica ese impacto (v. 17), que deben estar especialmente atentos a indicios de una actitud y compromiso del adolescente con un proyecto de vida que prescindan de la perpetración de delitos, o bien con cambios específicos que lo hagan posible.

Comentario

Si bien, respecto de las sanciones no privativas de libertad, el impacto sobre el desarrollo o la integración social del adolescente puede apreciarse tanto en términos negativos –si la sanción los está perjudicando– como positivos –si la sanción los está favoreciendo–, respecto de las sanciones privativas de libertad el tribunal tiene razones poderosas para dudar de la pretensión de que la sanción no se modifique atendido su supuesto efecto positivo para el desarrollo o la integración social del adolescente. Los instrumentos y recomendaciones internacionales sobre la materia, apoyados en las evidencias aportadas por la criminología, asumen que la privación de libertad supone más riesgos para el desarrollo y la integración social del adolescente que un aporte, y por eso postulan los principios de excepcionalidad y brevedad de la privación de libertad. Todo ello justifica que el sistema de justicia juvenil, en la fase de la ejecución de la sanción privativa de libertad, esté especialmente abierto a modificarla o a ponerle término antes del cumplimiento íntegro del plazo por el que fue originalmente impuesta.

23. Proporcionalidad entre el delito y la severidad de la sanción efectivamente ejecutada como una consideración secundaria

Si la ley o la jurisprudencia de los tribunales, aplicando un criterio de proporcionalidad positiva, exigen la satisfacción de una porción mínima de tiempo de cumplimiento de la sanción originalmente impuesta, de modo que la duración efectiva de la sanción ejecutada no sea desproporcionadamente baja en relación con la gravedad del delito perpetrado, ese mínimo no debería ser elevado, de modo de permitir que el impacto de la sanción en el desarrollo o la integración social del adolescente siga siendo la consideración primordial durante la ejecución de la sanción.

En el caso de las sanciones privativas de libertad, ello debe traducirse en una porción de cumplimiento mínimo claramente menos exigente que la que rige en el derecho penal común, para los adultos.

Comentario

La exigencia de que la consideración primordial a tener en cuenta al decidir una posible modificación de la sanción privativa de libertad sea su impacto en el desarrollo y la integración social del adolescente aparece claramente incumplida si la porción mínima de cumplimiento exigida para los adolescentes es similar a la que rige para los adultos. Así, si en la legislación común el umbral mínimo de cumplimiento es de la mitad o dos tercios de la pena, el tribunal debería estar facultado para modificar la sanción privativa de libertad impuesta a un adolescente cuando ya se haya cumplido un cuarto, o a lo más un tercio, de la extensión originalmente impuesta. Una exigencia mayor, impuesta bajo una regla absoluta –no vencible por mejores razones referidas al impacto en el desarrollo o la integración social del adolescente–, sería excesiva y relegaría esa consideración, que debería ser primordial, a un papel secundario.

24. Continuidad o modificación de la sanción no privativa de libertad en caso de reiteración delictiva o concursos de delitos

a) Reiteración delictiva posterior al inicio de la ejecución de la sanción no privativa de libertad dirigida a favorecer la integración social

La circunstancia de que un adolescente que ya se encuentra cumpliendo una sanción no privativa de libertad dirigida a favorecer su integración social perpetre un nuevo delito no debe llevar a modificar la sanción, si no hay indicios claros de que el plan de cumplimiento ha fracasado en sus objetivos. Por ello, por regla general se debería proseguir con la ejecución de la sanción, de conformidad con el plan de cumplimiento original, renunciando a una sanción adicional por el nuevo delito –si este es de menor gravedad–, o bien –si es de una gravedad igual o mayor, pero sin llegar a merecer una sanción privativa de libertad– imponiendo una única sanción que, expresando adecuadamente la condena que merecen el nuevo delito y el anterior (pero teniendo en cuenta el tiempo de cumplimiento ya transcurrido), perturbe lo menos posible aquel plan y no suponga duplicidad de intervenciones dirigidas a la integración social.

Si el nuevo delito o los nuevos delitos sí dan cuenta de un fracaso del plan de cumplimiento de la sanción original, se justifica una modificación de la sanción, de conformidad con un nuevo plan de cumplimiento basado en un nuevo diagnóstico sobre las condiciones que inciden en la conducta delictiva del adolescente.

Si el nuevo delito es de tal gravedad que merece una sanción privativa de libertad, debería ponerse término anticipado a la sanción original, no privativa de libertad, y la nueva sanción, privativa de libertad, tendría que ejecutarse de conformidad con un plan de cumplimiento adecuado al nuevo contexto, pero que procure continuidad en aquellas dimensiones del plan de cumplimiento original que siguen siendo adecuadas.

Comentario

La *recaída* delictual de un adolescente que se encuentra cumpliendo con una sanción dirigida a que supere las condiciones que inciden en su actividad delictual es un evento normal en el proceso de aprendizaje de un modo de relación social libre de delitos; no hay justificación criminológica para considerarla necesariamente como una señal de fracaso del plan de cumplimiento de la sanción. Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que esa *recaída* se exprese en un delito que jurídicamente es considerado más grave que el delito original.

En cambio, si hay indicios claros de que el plan de cumplimiento ha fracasado, sí se justifica una modificación de la sanción y del plan de cumplimiento.

Pero tanto en el primer caso como en el segundo, el adolescente debe seguir sujeto a una única intervención dirigida a superar las condiciones que inciden en su comportamiento delictual, sea el plan original –si sigue siendo considerado idóneo– o el nuevo plan –si el primero se considera fracasado, o parcialmente inadecuado–. La práctica identificada en algunos sistemas de justicia juvenil consistente en imponer, como respuesta al nuevo delito, una segunda sanción de naturaleza similar (dirigida a favorecer la integración social del adolescente), sea que se la ejecute de forma simultánea con la primera o de forma sucesiva –simplemente *sumando* su extensión temporal a la de la primera–, no tiene justificación técnica ni jurídica. Si el nuevo delito, atendida su gravedad relativa, plantea la necesidad de una nueva sanción que exprese adecuadamente la condena respecto de ese acto, debe

preferirse la imposición de una sanción de naturaleza distinta de la original (es decir, una sanción no especialmente dirigida a promover la integración social), evitando entorpecer el cumplimiento de la sanción original, que debe continuar ejecutándose. Pueden ser adecuadas para esa expresión de condena las sanciones de prestación de servicios a la comunidad, reparación a la víctima del delito, amonestación o multa, entre otras.

En caso de que el nuevo delito, atendida su menor gravedad relativa, no plantee una necesidad ineludible de expresión de condena, la prioridad que los sistemas de justicia juvenil suelen conferir a las finalidades preventivo-especial positivas –a lo menos en el terreno de la ejecución de las sanciones no privativas de libertad– justifica una renuncia a la sanción del nuevo delito, o bien la imposición de sanciones de ejecución instantánea, como la amonestación o multa.

A su vez, cuando el nuevo delito es de tal gravedad que merece una sanción privativa de libertad, la sanción original debe dejar de ejecutarse, de modo que el plan de cumplimiento original necesariamente se ve sustituido aun si no hay claros indicios de que haya fracasado, pues la privación de libertad supone un cambio de circunstancias significativo, tratándose de un contexto de ejecución radicalmente diferente. Pero aun en ese nuevo contexto es de gran importancia evitar la interrupción de los procesos de cambio iniciados bajo el plan original, que todavía puedan ser apoyados o promovidos bajo un plan de cumplimiento reformulado.

b) Concurso de delitos identificado con posterioridad al inicio del cumplimiento

Si el delito que es objeto de una nueva condena, tras haberse dado inicio a la ejecución de una sanción no privativa de libertad dirigida a favorecer la integración social del adolescente, fue perpetrado con anterioridad a la condena original, debe mantenerse inalterada la sanción original bajo el plan de cumplimiento definido para ella, salvo si el delito que no había sido considerado en la primera condena merece una sanción privativa de libertad o da cuenta de factores condicionantes de la actividad delictual del adolescente que no están siendo abordados por el plan original. En el primer caso, la sanción original debería ser objeto de una decisión de término anticipado, procediéndose de conformidad con los criterios recién indicados (v. 24 a); en el segundo, el plan de cumplimiento puede ser modificado, sin perturbar el logro de los objetivos del plan original.

En casos excepcionales, la consideración del delito que no fue tenido en cuenta en la condena original puede justificar ajustes en el plan de cumplimiento de la sanción, si las circunstancias que acompañaron aquel delito claramente los hacen necesarios.

En caso de que el delito que no fue tenido en cuenta en la primera condena haga indispensable una nueva expresión de condena, específicamente por ese acto, se preferirá la imposición de una sanción distinta, que no esté especialmente dirigida a promover la integración social del adolescente, sin perjuicio de que la sanción originalmente impuesta siga ejecutándose.

Comentario

La peculiaridad de los casos a que se refiere este estándar radica en que el delito que no había sido considerado al momento de determinar la sanción original no da cuenta, de ninguna manera, de un fracaso de la intervención, pues había sido perpetrado con anterioridad. Por ello se debe procurar dar prioridad a la continuidad de aquella sanción y de su plan de cumplimiento, sin imponer una nueva sanción, a menos que aquel delito no considerado

exija, por su gravedad, una sanción privativa de libertad o haga indispensable, por otra razón, una nueva expresión de condena; por ejemplo, a través de una sanción de ejecución inmediata (reparación, multa, amonestación, según corresponda), que no entorpezca la continuidad de la sanción original, orientada a promover la integración social del adolescente.

25. Incumplimiento de la sanción no privativa de libertad por parte del adolescente

a) Respecto de sanciones dirigidas a promover la integración social del adolescente

Si el o la adolescente a quien se ha impuesto una sanción dirigida a promover su integración social se sustrae de forma completa y permanente a la ejecución de la sanción, antes de imponerle una respuesta más severa –en los sistemas de justicia juvenil que consideran esta posibilidad– debe evaluarse si acaso el incumplimiento se debe a circunstancias que no están bajo su control, que se traduzcan en una incapacidad o una gran dificultad para cumplir la sanción –trátase de circunstancias personales del adolescente o del propio programa, centro o institución en que la sanción debe cumplirse–. En este caso, corresponde modificar la sanción por una que favorezca mejor su integración social, atendiendo a su capacidad de cumplimiento de la sanción.

Si el incumplimiento completo y permanente de la sanción no se debe a ese tipo de circunstancias, es admisible imponer una respuesta más severa –en los sistemas de justicia juvenil que consideran esta posibilidad–, que guarde proporción con el delito original y con el incumplimiento de la sanción. Esa respuesta puede consistir en una sanción sustituta o en un apremio de corta duración, tras el cual puede volver a intentarse el cumplimiento de la sanción original. En ambos casos, la respuesta más severa puede quedar suspendida de forma condicional, ofreciendo al adolescente la posibilidad de evitarla si da cumplimiento a la sanción original.

Para decidir la proporcionalidad de la respuesta más severa debe tenerse en cuenta también si su ejecución podría afectar negativamente el desarrollo y la integración social del adolescente. Si ese riesgo es relevante, podrá preferirse poner término anticipado a la ejecución de la sanción, especialmente si el incumplimiento se produjo cuando la sanción original ya había sido ejecutada parcialmente, alcanzándose algunos de los objetivos buscados con su imposición.

Comentario

La resistencia de parte del adolescente a cumplir con una sanción no privativa de libertad dirigida a promover su integración social debe considerarse un evento normal en el proceso de implementación del plan de cumplimiento, si no se traduce en una sustracción completa y permanente por parte del adolescente a su ejecución, que haga inviable la implementación del plan. El diseño del plan debe considerar la posible resistencia del adolescente como una dimensión a ser abordada por él.

Solo cuando el incumplimiento hace imposible alcanzar los objetivos buscados por la sanción, y ello no se debe a circunstancias que escapan del control del adolescente, puede plantearse su sanción por el incumplimiento de la sanción original, en los sistemas de justicia juvenil que admiten esa posibilidad. Pero esta segunda sanción debe guardar cierta

proporción con el delito original. Además, dado que esta segunda sanción, impuesta por el incumplimiento de la sanción original, puede ser contraproducente para los mismos objetivos que eran buscados por esta, la legislación y los tribunales deben considerar la posibilidad de prescindir de imponer una sanción por el incumplimiento y decidir, en lugar de ello, que solo se modifique la sanción original por una más idónea –pero no más severa– o que se le ponga término anticipado.

b) Respecto de sanciones que no están dirigidas a promover la integración social del adolescente

La resistencia por parte de un adolescente a cumplir con una sanción no privativa de libertad que no está dirigida especialmente a promover su integración social puede ser objeto de una respuesta más severa –en los sistemas de justicia juvenil que admiten esa posibilidad–, sea una sanción sustituta o un apremio, sujeto o no a suspensión condicional, siempre que esta respuesta resulte proporcionada al delito original y al hecho del incumplimiento y que la resistencia suponga una sustracción completa y permanente a la ejecución de la sanción y no esté condicionada por una incapacidad o gran dificultad del adolescente para cumplirla.

Aun en tal evento, si la sanción llegó a ejecutarse parcialmente antes de su incumplimiento, se debe prescindir de una respuesta más severa si la continuación de la ejecución de la sanción original no es indispensable para expresar suficientemente una condena por el delito perpetrado, caso en que se dará lugar al término anticipado de la ejecución de la sanción.

Comentario

Tratándose de sanciones no privativas de libertad que no se fijan objetivos asociados a promover la integración social, sino que buscan expresar la condena o reprobación por el delito perpetrado, su incumplimiento completo y permanente, no condicionado por circunstancias ajenas al control del adolescente, puede ser sancionado con una sanción más severa y proporcionada. Sin embargo, el tribunal debe evaluar si ello es necesario –y no supone riesgos para el desarrollo del adolescente– o si es preferible poner término anticipado a la sanción, si su cumplimiento parcial ya ha permitido expresar suficientemente la condena por el delito perpetrado.

26. Perpetración de un delito como mayor de edad durante la ejecución de una sanción de adolescentes

En caso de que, durante la ejecución de una sanción impuesta por un delito perpetrado como adolescente, el condenado perpetre un nuevo delito siendo ya mayor de edad, se dará continuidad a la ejecución de la sanción de adolescentes en la medida en que ella esté dirigida a promover su integración social y el castigo del nuevo delito no haga inviable la continuación del plan de cumplimiento original.

Para favorecer aquel objetivo, se podrá prescindir del castigo del delito perpetrado como mayor de edad si la pena que merecería es menos severa que la sanción de adolescentes. Una alternativa para alcanzar el mismo objetivo puede consistir en la suspensión de la ejecución

de la pena impuesta como mayor de edad a condición de que se cumpla la sanción de adolescentes.

Comentario

Los fines y condiciones de ejecución de las sanciones penales de adolescentes pueden divergir mucho de los de las penas del sistema penal de adultos. Por ello, y considerando que la posible perpetración de un delito tras haber cumplido los 18 años por parte de un joven que está cumpliendo una sanción penal de adolescentes destinada a promover su integración social, puede ser un episodio de *recaída* relativamente normal, que no necesariamente da cuenta de un fracaso, el sistema penal debería estar abierto a favorecer la continuación de aquella intervención, sobre todo si este episodio consiste en un delito menos grave. En tal caso, podría considerarse la remisión o suspensión condicional de la pena de adultos. En cambio, si la nueva pena, por un delito de mayor gravedad, hace inviable continuar con el plan de cumplimiento de la sanción penal de adolescentes, el sistema debe considerar la posibilidad de remitirla.

VIII. INFORMACIÓN SOBRE CIRCUNSTANCIAS DEL ADOLESCENTE

27. Pertinencia en relación con los criterios de determinación de las sanciones

La justicia juvenil debe contar con sistemas de generación de información sobre las circunstancias del adolescente que sean pertinentes de acuerdo con los criterios de determinación de sanciones que la legislación recoja.

La información aportada debe satisfacer estándares profesionales de alto nivel, de conformidad con el área del conocimiento a que se refiera, y debe concentrarse, de manera individualizada, fundamentalmente en la descripción y explicación de los hechos y circunstancias del adolescente que son relevantes para la aplicación de aquellos criterios, sin pretender sustituir al tribunal en la aplicación propiamente tal de ellos para la determinación de la sanción.

Comentario

El cumplimiento de la exigencia de que la sanción se determine de tal modo que guarde proporcionalidad no solo con el delito, sino también con las circunstancias del adolescente, exige la implementación de sistemas de generación de información sobre esas circunstancias, de alto estándar profesional y sujeta a un control jurídico sobre su pertinencia de conformidad con los criterios que la legislación o jurisprudencia de cada sistema de justicia juvenil ha escogido para ello.

La forma de presentar tal información debe tener en cuenta que la determinación de la sanción, si bien debe ser consistente con la realidad del adolescente, es una decisión del tribunal, basada en principios y reglas jurídicas. Por ello, los informes en que se comunique al tribunal la información relevante no deberían pretender conducir de modo mecánico a la

selección de una determinada sanción. Además, dichos informes deben prestar atención individualizada a las circunstancias del adolescente al que la sanción será impuesta. Por ello, debería evitarse que la aplicación de instrumentos diagnósticos estandarizados se emplee directamente para determinar la sanción; ello plantea el riesgo de ignorar aspectos relevantes sobre aquellas circunstancias que no calcen con su matriz conceptual, y de sustituir la valoración judicial del caso concreto por pronósticos o recomendaciones resultantes de la aplicación de fórmulas o estimaciones cuantitativas.

28. Formación y especialización del tribunal y demás órganos de la justicia para la valoración de la información y la aplicación de los criterios relativos a las circunstancias del adolescente

Los jueces, fiscales y defensores de la justicia juvenil deben contar con la formación interdisciplinaria necesaria para comprender competentemente la información relativa a los hechos y circunstancias a los que se refiere la información técnica aportada al proceso, así como para aplicar con independencia de juicio los criterios normativos que exigen apreciar esa información.

Los sistemas de justicia juvenil deben procurar contar con jueces, fiscales y defensores especializados, dedicados exclusiva o preferentemente a esta área de la justicia, que desarrollen de ese modo una alta competencia en esas destrezas profesionales.

Las exigencias de formación y especialización, con las adecuaciones del caso, también deben aplicarse a las y los jueces que integren tribunales superiores con competencia para conocer de recursos interpuestos por las partes en causas penales de adolescentes.

Comentario

La especialización de los actores de la justicia juvenil no es un simple principio de buena gestión. Debería considerarse como una auténtica garantía para las y los adolescentes, de la que depende que se les enjuicie de conformidad con los especiales principios que rigen la justicia juvenil.

Determinar la sanción penal de adolescentes de un modo que guarde proporción con las circunstancias del adolescente –además de con el delito– requiere una especial competencia profesional para comprender y valorar jurídicamente la situación individual de cada adolescente condenado por un delito. Ello supone, en primer lugar, familiaridad con los conceptos y teorías que sirven de base a la información técnica proporcionada por profesionales de las ciencias de la conducta, educadores, criminólogos y trabajadores sociales, entre otros, de modo de entenderla competentemente. Y también supone, en segundo lugar, contar con formación en la doctrina jurídica que ha sistematizado los principios y estándares de enjuiciamiento propios del derecho penal de adolescentes, de modo de asignar a aquella información el papel que requiere en la valoración jurídica del delito y las circunstancias del adolescente.

La experiencia de Iberoamérica también da cuenta de que es necesario contar con jueces, fiscales y defensores especializados, dedicados exclusiva o preferentemente a este tipo de causas. La falta de especialización vuelve en muchos casos ilusoria la aplicación de los

principios y reglas del derecho penal de adolescentes que exigen adecuar la sanción a sus circunstancias.

En el caso de las y los jueces, las exigencias de formación y especialización deben aplicarse también a los que conocen de los recursos interpuestos en este tipo de causas, sobre todo en la medida en que en ellos se decida la posible privación de libertad de un adolescente o su puesta en libertad.

29. Información pertinente durante diversas fases del proceso. Especial relevancia de la información considerada para aplicar una medida cautelar

La justicia juvenil debe contar con información pertinente para diversas decisiones en distintas fases del proceso. La eficiencia en el uso de los recursos profesionales necesarios para producirla y valorarla debe equilibrarse con el interés en evitar que el acceso extemporáneo a información no pertinente para la respectiva fase perjudique al adolescente imputado.

Además, debe evitarse que información que podría ser pertinente en una fase tenga un peso indebido en otras decisiones, para las cuales no resulta pertinente. En particular, la información que se considere impertinente para decidir sobre la eventual imposición de una sanción privativa de libertad tampoco debería desempeñar un papel relevante en la justificación de la aplicación de una medida cautelar de esa naturaleza.

Comentario

La definición de qué información es pertinente en cada fase debe seguir criterios de eficiencia en el uso de los recursos profesionales necesarios para producirla y valorarla jurídicamente, así como de garantía de los derechos del imputado, asegurando en particular su derecho a no autoincriminarse y a evitar el riesgo de prejuicios por parte del tribunal por la contaminación que en cada decisión puede producir el acceso a información no pertinente para esa fase, aportada de forma extemporánea.

También debe evitarse el riesgo de distorsiones que la información recibida en cierta fase pueda generar en decisiones posteriores para las cuales no resulta pertinente. Así, dado el peso que la decisión sobre las medidas cautelares puede tener en la futura determinación de la sanción, particularmente por la tendencia a preferir una sanción privativa o no privativa de libertad según si el adolescente al momento de la condena está o no sujeto a una medida cautelar de esa naturaleza, la información que se considere impertinente para decidir imponer una sanción privativa de libertad no debería desempeñar un papel relevante en la justificación de la aplicación de una medida cautelar de esa naturaleza.

En particular, la falta de arraigo social o familiar de un adolescente, si bien podría considerarse como un factor que en alguna medida fundamenta un peligro de fuga, no debería emplearse como información relevante para decidir una medida de internamiento provisional que, más tarde, en una alta porción de los casos que luego resulten en una condena, termina siendo simplemente reemplazada por una sanción privativa de libertad. Pues esa falta de arraigo no es un criterio válido de determinación de una sanción privativa de libertad en un sistema de justicia que no discrimine a las personas por su condición social. Adicionalmente, la información que pudo haber sido pertinente para decidir una medida cautelar de

internamiento provisional no tiene por qué determinar la aplicación de la sanción privativa de la libertad.

30. Garantías procesales durante la obtención, aportación al proceso y valoración de la información sobre el adolescente pertinente para la determinación de la sanción

a) Cesura procesal

La información relativa a las circunstancias del adolescente, que es pertinente para la determinación de la sanción o la definición de su plan de cumplimiento, debe aportarse en una fase procesal posterior a la decisión sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, para evitar que su conocimiento prematuro pueda llevar al tribunal a prejuzgar sobre esta decisión. La debida presentación, debate y valoración de esa información requiere de un espacio procesal propio, que permita adoptar decisiones sensibles a las circunstancias del adolescente, cuando de conformidad con la ley la sanción a imponer dependa significativamente de ellas.

Ello es especialmente necesario cuando está en juego la posibilidad de imponer una sanción severa al adolescente. No siendo así, el adolescente puede renunciar a la cesura procesal, debidamente asistido por su defensor, para así dar prioridad a su interés en una pronta resolución del caso.

Comentario

La separación o cesura del proceso es relevante para evitar prejuicios que información sobre la vulnerabilidad u otras circunstancias del adolescente –como sus relaciones con grupos de pares que de forma habitual incurrir en delitos– podrían generar en el tribunal, sea sobre su posible culpabilidad por el delito imputado, sea sobre la conveniencia de una condena para provocar una intervención –preventivo-especial positiva– de la justicia en la vida del adolescente.

Para que la presentación, debate y valoración de la información realmente se traduzca en la determinación de sanciones que tomen debidamente en cuenta las circunstancias del adolescente no basta con una audiencia de determinación de sanciones separada de la audiencia de juicio, sino que es necesario un procedimiento destinado a ese propósito. El esfuerzo de generar un espacio procesal de esa naturaleza, que tiene la desventaja de prolongar por más tiempo el contacto del adolescente con la justicia juvenil, se justifica únicamente cuando la información sobre las circunstancias del adolescente puede tener un impacto significativo en el tipo de sanción a imponer. Por ello, podría prescindirse de un espacio de esa naturaleza, bastando con la implementación de una audiencia de determinación de la sanción a continuación del juicio de responsabilidad, cuando, de conformidad con los criterios legales, la elección de la sanción –o su forma y lugar de ejecución– no dependa significativamente de ese tipo de circunstancias.

b) Defensa y protección contra la autoincriminación

Las entrevistas o evaluaciones a que sea sometido el adolescente para generar la información relativa a sus circunstancias, necesaria para determinar la sanción, deben ser practicadas previa notificación y con presencia de su defensor o defensora. La ley debe garantizar que esa información no podrá ser utilizada en el juicio en que se decida su responsabilidad.

Comentario

Aun cuando para las y los profesionales encargados de generar información sobre el adolescente podría ser conveniente evitar la presencia de su defensor, de modo de favorecer una conversación más abierta con el adolescente sobre sus circunstancias, sin cálculos ni consideraciones tácticas propias del enfoque de la defensa, debe darse prioridad al derecho del adolescente a ser protegido contra la autoincriminación, a través de la presencia de su defensor en las entrevistas y de la prohibición de emplear la información entregada en ellas como un medio de prueba de la responsabilidad del adolescente.

c) Imparcialidad y principio contradictorio

El tribunal debe contar con información sobre las circunstancias del adolescente, producida por profesionales u organismos imparciales, que no dependan de la fiscalía ni de la defensa pública ni respondan a ninguna de estas instituciones, sin perjuicio de la facultad que debe ofrecerse a estas de controvertir la información producida y presentar información independiente de aquella.

La ley debe asegurar tiempo procesal suficiente a las partes para conocer y estudiar la información aportada al tribunal, objetarla y presentar información divergente. Las partes podrán renunciar a esa posibilidad, evitando la prolongación innecesaria de la decisión.

Comentario

La legítima pretensión estatal de promover una intervención efectiva sobre las y los adolescentes que han infringido la ley penal –así como la igualmente legítima pretensión de su defensa de evitar la privación o restricción de derechos que tal intervención supone– no debe contaminar la objetividad de la información obtenida sobre sus circunstancias. Por esa razón debe asegurarse, ya en el plano institucional, la imparcialidad del órgano o de los profesionales que generan y transmiten en el proceso esa información, liberándolos de toda relación con los intereses que las partes representan en el proceso. Pero, al mismo tiempo, la ley debe dar iguales oportunidades a estas partes para escrutar y controvertir esta información y aportar sus propias pruebas al respecto.

d) Protección de la vida privada

La información relativa a las circunstancias del adolescente solo se dará a conocer a las partes y quedará sujeta a un deber de reserva, prohibiéndose la divulgación de cualquier aspecto

relativo a la vida privada del adolescente o de su familia, o cuya publicidad podría afectar negativamente su desarrollo o bienestar.

Comentario

La información sobre las circunstancias del adolescente que es relevante para determinar la sanción puede ser especialmente sensible. Su conocimiento, fuera del proceso, puede lesionar su derecho a la vida privada y entorpecer su integración social y desarrollo futuro. Por esa razón, el legislador debe establecer deberes claros de reserva y prohibir su divulgación.