

DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL DE ADOLESCENTES EN IBEROAMÉRICA

Estudio de brechas con los
"Estándares comunes para Iberoamérica"

Jaime Couso Salas
Miguel Cillero Bruñol
Álvaro Castro Morales
(editores)

ÍNDICE

	Página
Antecedentes y aspectos metodológicos de la obra	1

PRIMERA PARTE INFORMES NACIONALES

Informe de Brasil <i>Ana Paula Motta Costa. Victoria Hoff Cunha. Bruno de Lamare</i>	19
Informe de Chile <i>Gonzalo Berríos Díaz</i>	79
Informe de Costa Rica <i>Carlos Tiffer</i>	117
Informe de Colombia <i>Susana Escobar Vélez. Juan Sebastián Álvarez Ríos</i>	151
Informe de España <i>M^a Concepción Molina Blázquez. Ignacio V. Mayoral Narros</i>	183
Informe de México <i>Sofía M. Cobo Téllez</i>	231
Informe de Uruguay <i>Javier Palummo</i>	273

SEGUNDA PARTE PERSPECTIVA COMPARADA

Proporcionalidad en la determinación de las sanciones. Perspectiva comparada <i>Jaime Couso Salas</i>	303
---	-----

Informe comparado sobre la consistencia o existencia de brechas específicamente con relación a los estándares sobre la revisión y modificación de sanciones en ejecución (Estándares 21, 22, 23, 24 a, 24 b, 25 a, 25 b y 26)
Dra. Sofía M. Cobo Téllez 315

Problemas y criterios relativos a la introducción de información personal en el proceso y el papel. riesgos y garantías asociadas al informe técnico y el equipo técnico. Informe comparado
M^a Concepción Molina Blázquez 329

TERCERA PARTE

Recomendaciones para garantizar la proporcionalidad de las sanciones penales de adolescentes
*Miguel Cillero Bruñol. Sofía Cobo Téllez. Jaime Couso Salas.
Ana Paula Motta Costa* 341

ANTECEDENTES Y ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA OBRA

Tras la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en la década de 1990, diversos países del espacio iberoamericano reformaron sus sistemas de justicia juvenil, estableciendo leyes, instituciones, medidas y sanciones especiales para responder a la criminalidad de adolescentes menores de 18 años.

Si bien la implementación de esos sistemas de justicia reformados ha tenido luces y sombras, en la mayoría de ellos parece estar consolidándose el reconocimiento de un principio de *especialidad*, de acuerdo con el cual los delitos perpetrados por adolescentes deben ser enjuiciados de forma diferente a como se enjuician los que han sido perpetrados por adultos y, por lo que respecta a las sanciones, deben ser determinadas, de acuerdo con las exigencias de la Convención, de una forma que “guarde proporción tanto con sus circunstancias [del adolescente] como con la infracción” (artículo 40.4).

Esa exigencia ha sido cumplida de diversa forma por las leyes y la jurisprudencia de los distintos países que han implementado sistemas de justicia juvenil en Iberoamérica. Pero todos ellos parecen enfrentar, a la hora de hacerse cargo de tal exigencia, tensiones o nudos problemáticos similares. Un reciente estudio comparado desarrollado por el *Grupo de Estudios Iberoamericano sobre Justicia Juvenil*, formado a iniciativa del Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI),¹ examinó la regulación y práctica –concentrándose en aquellos “nudos problemáticos”– de

¹ En el marco de un proyecto que también ha contado con la colaboración de la Cátedra Santander de los Derechos del Niño de la Universidad Pontificia Comillas, del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) de México y la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre otras organizaciones.

seis jurisdicciones nacionales, así como la normativa internacional vigente en la materia y la experiencia de sistemas con mayor historia y tradición, concluyendo con una propuesta de *Estándares Comunes para Iberoamérica sobre Determinación y Revisión Judicial de Sanciones Penales de Adolescentes*.²

Los *Estándares Comunes* han sido formulados y presentados en las primeras dos Conferencias Iberoamericanas de Derechos del Niño en la Justicia Juvenil (Santiago, 2018 y México DF, 2019), con participación de los seis países que fueron objeto de estudio en aquel primer proyecto de investigación desarrollado por el *Grupo de Estudios* (Brasil, Chile, Costa Rica, España, México y Perú). Considerando el interés que el proyecto y, en particular, los *Estándares Comunes* han despertado entre especialistas e instituciones de diversos países iberoamericanos, así como el desafío de debatir sobre su contenido y de llevarlos a la práctica, el *Grupo de Estudios Iberoamericano sobre Justicia Juvenil* ha acordado la realización de un segundo estudio y la celebración de una III Conferencia Iberoamericana sobre el tema, en noviembre de 2020, en modalidad *online*. En esta ocasión, el proyecto contempla añadir otros tres países (Colombia, Panamá y Uruguay), ampliando el *Grupo de Estudios* con expertos provenientes de ellos, y buscará concentrar la atención en la identificación y análisis de las brechas existentes entre los principios y criterios propuestos por los *Estándares Comunes* y los que se ven reflejados por la jurisprudencia, la práctica judicial y, en su caso, la legislación de los países incluidos en el estudio.

Objetivo del estudio

El objetivo general del proyecto consiste en animar un debate jurídico y, si fuera necesario, procesos de reforma legal y desarrollo jurisprudencial en cada uno de esos países, a partir de un estudio sobre en qué medida sus respectivos sistemas de justicia juvenil han logrado dar cumplimiento al mandato de la Convención, de imponer y ejecutar sanciones que guarden proporción tanto con las circunstancias del adolescente como con la infrac-

² El texto de los Estándares está disponible en www.cideni.org. Los resultados de esa primera investigación del Grupo de Estudios, conjuntamente con los Estándares, fueron recientemente publicados en 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.

ción, de una forma consistente con los presupuestos, fines y condiciones de funcionamiento de la justicia juvenil. Los *Estándares Comunes* pretenden servir, para estos efectos, como una pauta compartida, con criterios específicos –concebidos para la realidad de la justicia juvenil de los países iberoamericanos– acerca de la forma de dar aplicación concreta a ese mandato en los diversos contextos y decisiones en que la proporcionalidad de la sanción está en juego.

Metodología

Informes nacionales y de sistemas regionales

El foco de la investigación está constituido por una serie de informes nacionales elaborados por uno o varios expertos de cada país participante en la Conferencia. Los informes se redactan a partir de una pauta común preparada por la coordinación del estudio y aprobada por el *Grupo de Estudios*. La pauta concentra la atención de todos los estudios en un pequeño grupo de estándares en los que se estima –a partir de las conclusiones de la investigación que sirvió de base para la preparación de los *Estándares Comunes*– que podrían presentarse las principales brechas entre ese documento y la legislación, la jurisprudencia y la práctica judicial de los diversos países.

La elaboración de los informes sigue una pauta que, en primer lugar, busca aportar una descripción o reconstrucción de la forma en que la jurisprudencia y la práctica judicial de cada país, en el marco definido por la respectiva ley, han resuelto y definido determinadas cuestiones jurídicas relevantes que son objeto de desarrollo por los Estándares Comunes, y, en segundo lugar, invita a ejemplificar el modo en que aquellas definiciones se expresan en la resolución de los casos; es decir, en la determinación de las sanciones concretas y en la adopción de medidas durante su ejecución.

Comparación jurídica basada en casos

Ese segundo aspecto es abordado a partir de la metodología de la “comparación jurídica basada en casos”, que ha sido empleada con éxito en este tipo de estudios de derecho penal comparado, en el contexto del

método iuscomparatista funcional.³ En efecto, al centrar el análisis en el tratamiento que cada ordenamiento jurídico daría a determinadas constelaciones fácticas, basadas en situaciones reales y que presentan de forma completa el problema que es objeto de la investigación, la metodología permite –a partir del juicio de especialistas conocedores de cada sistema jurídico comparado– examinar de una forma mucho más realista el rendimiento de las diversas instituciones (del derecho penal o procesal general, de la legislación penal de adolescentes, o de la regulación de rango administrativo sobre ejecución de sanciones) con que cada ordenamiento cuenta. Así, sin importar la forma en que cada jurisdicción denomina o regula los criterios o procedimientos aplicados (*law in the books*), ni si para aplicarlos recurre a normas específicas de la legislación penal de adolescentes o a la legislación común ni si las reglas aplicadas son legales o administrativas, lo decisivo será examinar cómo funcionará de hecho (*law in action*) cada sistema de justicia juvenil en un caso como el que se propone, sea que se esté preguntando por las circunstancias que probablemente incidirían en la decisión sobre la sanción a imponer, por cuál sería probablemente esa sanción, por la forma en que seguramente se cumpliría, o por las chances de que se le ponga término anticipado o de que, por ejemplo, se intensifique a causa de un incumplimiento por parte del adolescente, etc.

Para la resolución de los casos, atendiendo al modo en que en la práctica ellos probablemente serían resueltos y según cómo se aplica el derecho en cada sistema de justicia juvenil, parece necesario que las y los autores de los informes nacionales cuenten con el punto de vista de algún(os) operadores de ese sistema para verificar la forma en que efectivamente se están comprendiendo y aplicando las normas. Dos estrategias alternativas son recomendables para ello: enviar la pauta de análisis y decisión de los casos

³ V. Couso, Jaime “Intervención delictiva y organización. Necesidad y complejidades de una comparación funcional entre el derecho chileno y el derecho internacional y comparado”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42 N° 1 (2015): pp. 267-295, 283-285. Para más detalles, v. Eser, Albin (1998): “Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung”, en Albrecht, Hans Jörg *et al.* (Editores), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag* (Berlín, Duncker & Humblot) pp. 1499-1529, 1521; Sieber, Ulrich (2005): “Strafrechtsvergleichung im Wandel. Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft”, en Sieber, Ulrich/Albrecht, Hans-Jörg (Editores), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach. Kolloquium zum 90. Geburtstag von Professor Dr. D. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck am 10. Januar 2005* (Berlín, Duncker & Humblot) pp. 78-130, 112-113.

a tales operadores (idealmente, a un/a fiscal, un/a defensor/a y un/a juez/a) para que ellos la contesten; o bien, celebrar una reunión con ellos en la que se recoja y contraste el punto de vista de cada uno/a acerca de la resolución probable que el caso tendría (esta segunda modalidad se recomienda especialmente). Una vez recogida esa información de los operadores, el autor o autora del informe nacional debería consolidar la información y desde luego puede complementarla y matizarla a partir de su conocimiento experto sobre la jurisprudencia y práctica judicial de su país.

Parámetros de resolución compatibles con los Estándares e identificación de brechas

El papel que los *Estándares Comunes* pueden desempeñar en el contexto de un estudio con esa metodología es el de fijar los marcos de soluciones aceptables o razonables, sin pretender que una única solución o forma de resolver los casos es compatible con las exigencias de proporcionalidad de la sanción, en cada caso. Los *Estándares Comunes* no están concebidos de esa forma.

La afirmación de que se produce una “brecha”, entonces, no se podrá deducir, por ejemplo, del solo hecho de que uno de los casos propuestos por la pauta en un determinado país sería sancionado con privación de libertad, mientras que en los restantes países no lo sería. El análisis es más específico: en primer lugar, habrá que ver si esa sanción venía impuesta (por la ley o por la jurisprudencia asentada) únicamente en atención a la especie de delito cometido, sin que se haya podido atender a las circunstancias del caso (algo a lo que el Estándar 12, b se opondría) o del adolescente (en contra de lo propuesto por los Estándares 11, c y 14), o si las reglas aplicables sí habrían permitido imponer una sanción distinta si se hubiesen probado circunstancias especiales (algo que la defensa no probó). Luego, si no había una “brecha” a ese respecto (pues el tribunal sí contaba con espacio de juego para evitar esa sanción, por ejemplo, con base en una culpabilidad disminuida o en circunstancias que intensificarían la severidad de la sanción respecto de ciertos adolescentes), habrá que ver si el delito es uno que, por su escasa gravedad, debería quedar cubierto por una regla de proporcionalidad negativa (caso en que el Estándar 12 c propone prohibir el recurso a ese tipo de sanciones, cualesquiera que sean las circunstancias del caso) o si no lo es. Enseguida, si tampoco se identifica una brecha en relación con ese criterio (pues no se trata de un delito muy leve), aun habrá que examinar si los criterios que al tribunal seguramente le llevarían a escoger

la sanción privativa de libertad son de aquellos que los Estándares considera inadmisibles (por ejemplo, la mera reincidencia, v. Estándar 16, o la supuesta necesidad de una sanción de encierro para favorecer la integración social del adolescente –por ejemplo, porque de esa forma se asegurará su acceso a la educación formal–, v. Estándar 18 b). Si no se advierte una brecha a ese respecto (pues los criterios atienden especialmente a la gravedad delictiva y a la culpabilidad del adolescente, o a otros criterios no discriminatorios), todavía puede examinarse si la extensión concreta fijada para la sanción no es incompatible con los estándares propuestos para esa decisión; por ejemplo, si acaso es una extensión que no resulta sustancialmente inferior a la de la pena de prisión que un adulto probablemente recibiría por ese delito (algo contrario al Estándar 19 b).

Como puede advertirse, si se atiende a cada uno de esos estándares de forma separada, la identificación de “brechas” es un ejercicio bastante más matizado y diferenciado (la solución puede ser coherente con los *Estándares Comunes* en ciertos aspectos, y no en otros), y que en todo caso admite perfectamente soluciones distintas para un mismo caso en diversos países: es perfectamente posible concluir que dos sistemas que seguramente sancionarían de diversa manera a un adolescente en un mismo caso –uno de ellos con privación de libertad y otro sin ella– son ambos compatibles con los Estándares, sin que a ese respecto quepa afirmar una brecha con relación a ellos.

Debate de conclusiones en la Conferencia Iberoamericana por el Grupo de Estudios

Por último, la metodología del estudio incluyó un ejercicio de análisis y comparación de los resultados por parte de las y los integrantes del *Grupo de Estudios* durante la III Conferencia, que se celebró durante noviembre de 2020 en tres sesiones *online*. Ello exigió un trabajo de lectura previo de las conclusiones de cada informe por parte de todo el Grupo. Con este fin, los informes nacionales fueron puestos a disposición del grupo de forma previa a la conferencia.

De esa forma, el estudio se sirvió de lo que en metodología iuscomparativista se conoce como “círculos de expertos nacionales”, a quienes, con base en un cuestionario común, se solicita examinar el mismo problema

funcional, a través de informes nacionales que luego son discutidos y comparados.⁴

Pauta para los informes nacionales y casos propuestos

Los informes nacionales, como se explicó al indicar la metodología del estudio, constan de dos partes:

1) una descripción o reconstrucción de la jurisprudencia y la práctica judicial de cada país –en el marco definido por la ley– sobre un conjunto de cuestiones relevantes (una selección de las materias a que se refieren los *Estándares Comunes*); y

2) un análisis y resolución de los casos propuestos por la pauta (en diálogo con los operadores del sistema de justicia juvenil).

Primera Parte: Descripción y reconstrucción de la jurisprudencia y la práctica judicial (o regulación legal). Estándares relevantes para el informe

Para la primera parte de los informes nacionales, cuya extensión sugerida es de aproximadamente 10 a 12 páginas), se propuso la siguiente estructura temática.⁵

i) Antecedentes: marco legal de la determinación y revisión judicial de las sanciones penales de adolescentes (ley especial, aplicación subsidiaria de legislación común, posibles normas administrativas aplicables en la ejecución).

ii) Compatibilidad general o tensiones (o “brechas”) entre los presupuestos del sistema de determinación y revisión judicial de sanciones aplicado por los tribunales en el país, por una parte, y los principios y definiciones generales propuestos por los *Estándares Comunes*, por la otra. Estándares 1 e), 3 c), 5 d) y 6.

⁴ Pieters, Danny (s/año): “Functions of comparative law and practical methodology of comparing”, Lecture (disponible en: <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Functions%20of%20comparative%20law%20and%20practical%20methodology%20of%20comparing.pdf>), pp. 21-22.

⁵ Para facilitar la comprensión de los temas a abordar en relación con cada punto, v. en el anexo de este documento un sumario de los *Estándares Comunes*, o el texto completo de ellos en: <http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/11/Estandares-Iberoamericanos-Sanciones-Penales-Adolescentes-.pdf>.

iii) Grado de consistencia o existencia de brechas en relación con la proporcionalidad entre la sanción y el delito. Estándares 10 (a-b), 11 (a-c), 12 (b-c) y 13.

iv) Grado de consistencia o existencia de brechas en relación con la proporcionalidad entre la sanción y las circunstancias del adolescente. Estándar 16.

v) Grado de consistencia o existencia de brechas específicamente en relación con la imposición de sanciones. Estándares 18 (a-d), 19 (a-b) y 20.

vi) Grado de consistencia o existencia de brechas específicamente en relación con la revisión judicial de la sanción, durante su ejecución. Estándares 21, 22 (en relación con el 17), 23, 24 (a-b), 25 (a-b) y 26.

vii) Grado de consistencia o existencia de brechas específicamente en relación con la obtención y uso de información sobre las circunstancias del adolescente. Estándares 27, 28, 29 y 30 (a-c).

Segunda Parte: Casos prácticos para la comparación, y pauta para su análisis y decisión

Para la segunda parte de los informes nacionales, cuya extensión sugerida debió ser de aproximadamente 12 a 15 páginas⁶ (), se propusieron los siguientes tres casos de análisis, para cuya resolución se recomendó encarecidamente consultar la opinión de operadores del sistema de justicia penal de adolescentes (v. *supra*, metodología).

Caso 1

Hechos del caso

Características del caso:

Juan, de 16 años, es detenido por haber sustraído diversas prendas de vestir de marcas muy caras y dos teléfonos móviles de alta gama de una tienda por departamentos ubicada en un centro comercial. El valor de las especies asciende a un monto equivalente a unos 4,000 dólares (de EE. UU. de América). Juan se introdujo al lugar habiendo fracturado de noche un ventanal de seguridad y procedió rápidamente mientras sonaba la alarma de seguridad. Su detención se produjo por orden del tribunal, luego de que, a

⁶ En esta segunda parte, no deben reproducirse los hechos del caso y basta con hacer una referencia abreviada a las preguntas.

través de las cámaras de seguridad del establecimiento, se lograra identificarlo. En su poder no se encontraron los teléfonos celulares ni ninguna de las prendas de vestir, pero, al momento de ser detenido, se encontró entre las ropas de Juan una suma cercana a los 700 dólares, en moneda nacional.

Juan registra numerosos antecedentes en el sistema de justicia penal especializada para adolescentes: dos causas por hurto, que fueron objeto de aplicación del principio de oportunidad; un acuerdo reparatorio por un hurto; una suspensión condicional del procedimiento por un hurto agravado (robo, en algunas jurisdicciones) por haber fracturado una ventana para ingresar a un local comercial del cual extrajo especies de valor; una condena por dos delitos de hurto agravado (robos) también con fractura de puertas o ventanas para apropiarse de especies de otros locales comerciales, a una sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad por 80 horas; y dos condenas sucesivas por delitos de hurto que fueron objeto, en definitiva, de una única sanción (acumulando la sanción anterior) de libertad asistida (vigilada) por dos años, cuyo inicio de cumplimiento determinó el término anticipado de la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Al momento de su última detención, llevaba dos meses cumpliendo esta sanción de libertad asistida.

Como antecedentes adicionales, en el proceso consta que Juan abandonó la escuela hace tres años, habiendo completado solo quinto año de enseñanza básica. La situación socioeconómica de su familia es muy marginal, debido a que no conoce a su padre y su madre se encuentra enferma, con períodos frecuentes de hospitalización, ocasiones en que se queda solo con su hermana de 18 años. Juan suele delinquir solo, pero en un par de causas ha sido acompañado por otro adolescente, con el que se suele reunir a beber alcohol. Cuando fue condenado por el último hurto, Juan se mostró arrepentido, y dijo que le gustaría aprender un oficio y dejar el delito, pero durante el cumplimiento de la sanción de libertad asistida (vigilada), en cuyo contexto se le ofreció iniciar una capacitación laboral como carpintero, tras un entusiasmo inicial, se mostró inconstante durante unas tres semanas, hasta que dejó de asistir al taller.

Juan, aconsejado por su defensor, negó su responsabilidad por la sustracción de las especies de la tienda por departamentos y rechazó una oferta de recibir una sanción no privativa de libertad a cambio de reconocerla. Sin embargo, en el juicio que se siguió en su contra, el tribunal se convenció de su autoría y lo condenó por el delito de hurto agravado (“robo”, en ciertas

jurisdicciones) por la fractura de puertas o ventanas, de especies cuyo valor ascendió a más 4,000 dólares. Ahora debe determinar su sanción.

Preguntas

De acuerdo con la regulación legal, la jurisprudencia y la práctica judicial de su país:

1) ¿Cuáles serían las principales consideraciones que el tribunal tendría en cuenta para decidir qué tipo de sanción impondrá a Juan? En particular,

i) ¿qué incidencia tendría la circunstancia de que Juan ha reiterado en numerosas ocasiones conductas similares, siendo incluso condenado por algunas de ellas?

ii) ¿qué incidencia tendrían sus circunstancias personales, en particular su situación de abandono escolar y la precariedad de su situación familiar y socioeconómica?

iii) la baja gravedad (en términos relativos) del delito por el cual se le condenó ¿sería un obstáculo insalvable para el tribunal, en contra de la imposición de una sanción privativa de libertad?, ¿o las demás circunstancias del caso le permitirían escoger una sanción de esta naturaleza, si la considerase necesaria para los fines considerados por la ley?

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por los estándares 10 a), 10 b), 12 c), 15, 16, 18 letras a) y b), y 20?

2) Si el tribunal decidiese imponer una sanción no privativa de libertad, orientada a la inserción social de Juan, ¿qué decisión adoptaría en relación con la intervención socioeducativa que ya se encontraba en curso en el momento de los hechos (en el contexto del cumplimiento de la libertad asistida impuesta por los últimos dos delitos de hurto)?

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por los estándares 22, 24 a) y 25 a)?

Caso 2

Hechos del caso

Pedro, estudiante de educación secundaria, a los 14 años, durante una clase de tecnología atacó a un compañero de curso con un cúter (cortacartones), cortándole la yugular y provocándole así la muerte por anemia aguda.

De acuerdo con lo declarado por Pedro y el testimonio de algunos compañeros y compañeras de curso, la víctima había tenido comportamientos de acoso (*bullying*) hacia a Pedro desde que este se incorporó al colegio, como estudiante nuevo, a comienzos de ese mismo año, unos seis meses antes. La agresión mortal se produjo en directa reacción contra una alusión hiriente que la víctima realizó en contra de Pedro por un defecto físico (una notoria marca de nacimiento que este tiene en la cara). Inmediatamente después de los hechos, mientras el docente solicitaba atención de urgencia para la víctima, Pedro se quedó sentado en silencio en el suelo, tomándose la cabeza con las manos, y no se movió de ahí hasta que la policía llegó a detenerlo, minutos después de que la ambulancia se llevase a la víctima.

A Pedro se le formularon cargos por homicidio consumado y fue sometido a la medida cautelar de arresto domiciliario.

En relación con las circunstancias personales de Pedro, una trabajadora social que entrevistó a Pedro y a sus padres, a instancias de la justicia especializada de adolescentes, accedió a la siguiente información:

i) Pedro no registra detenciones ni condenas anteriores.

ii) Pedro tiene un buen rendimiento escolar en este nuevo colegio, un establecimiento educacional selectivo, para estudiantes de alto desempeño, que provienen en general de familias con alto nivel de educación. Pedro llegó a ese colegio proveniente del extranjero, donde la familia vivió un tiempo debido al trabajo del padre, y Pedro asistió a una escuela pública, en la que no tuvo incidentes conductuales.

iii) Pedro vive con sus padres, ambos profesionales y con una buena situación económica, y con una hermana dos años menor. Sus padres se muestran consternados por la situación de su hijo y parecen dispuestos a poner todos los medios necesarios para brindar a Pedro la ayuda profesional necesaria.

Lo que el equipo técnico aún no sabe –no lo menciona Pedro ni sus padres en la primera entrevista– es que, pocos meses antes de cumplir la edad mínima de responsabilidad penal de adolescentes,⁷ antes de que la familia se mudase al extranjero, protagonizó un grave episodio de violencia contra un vecino un año menor, al que también atacó con un cúter en el cuello, hiriéndolo de gravedad. El incidente llegó a conocimiento del

⁷ En este caso, cada informe estimará la edad que corresponda, para este hecho, dependiendo de la edad legal de inicio de la responsabilidad especial de los adolescentes.

sistema de protección a la niñez, que efectuó un informe psicológico de Pedro, en el que se advirtió un preocupante rasgo en la personalidad y el comportamiento de Pedro, por su impactante frialdad al referirse al hecho, que no respondió a ninguna agresión previa por parte de la víctima, sino aparentemente a fantasías de Pedro sobre la experiencia de degollar a una persona, algo sobre lo que habría escrito y dibujado durante un tiempo. En tal ocasión, con el compromiso de la familia de iniciar un tratamiento psicológico y psiquiátrico para Pedro, el sistema de protección resolvió el caso dejándolo al cuidado de sus padres. De todos modos, a los pocos meses, la familia optó por mudarse al extranjero, para evitar que su hijo creciese con el estigma de ese episodio. A su regreso, la familia se instaló en una ciudad distinta.

En el proceso penal de adolescentes que ahora se dirige contra Pedro, acaba de ser citado a una entrevista psicológica. Sus padres están preocupados de que la información que surja de esa entrevista pueda afectar negativamente su situación penal. También les preocupa que llegue a conocimiento de la fiscalía el incidente protagonizado por Pedro, que fue conocido por el sistema de protección a la infancia y, sobre todo, el informe psicológico que en esa ocasión se realizó. El defensor de Pedro, en efecto, estima que esa información podría poner en cuestión la alegación de que Pedro esta vez actuó sin intención de matar a la víctima, de forma pasional e irreflexiva, bajo el efecto del intenso dolor y sentimiento de humillación que le provocó ser objeto de *bullying* en un nuevo colegio.

Preguntas

De acuerdo con la regulación legal, la jurisprudencia y la práctica judicial de su país:

1) ¿Es posible que la información relativa al incidente previo de Pedro, conocido por el sistema de protección a la niñez, llegue a conocimiento de la justicia especializada para adolescentes? En particular, ¿es posible que el contenido del informe psicológico que en aquella ocasión se elaboró sea conocido por quienes han de resolver ahora sobre este nuevo incidente? En caso afirmativo (para cualquiera de esas dos preguntas), ¿es posible que esa información influya en la decisión acerca de si la intención de Pedro fue homicida y en la determinación de su grado de culpabilidad (por un incidente no pasional y condicionado por el dolor, sino tal vez más experimental)?

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por los estándares 29 y 30 a)?

2) En relación con la entrevista psicológica a la que ahora Pedro debe concurrir, y cuyos resultados son preocupantes para sus padres y su defensa:

i) ¿Puede concurrir Pedro acompañado por su defensor?

ii) Si el psicólogo se entera (en esa entrevista) del anterior episodio de violencia protagonizado por Pedro, ¿puede revelarlo en su informe?

iii) Si el psicólogo se entera de que Pedro, en esta según oportunidad, en realidad no atacó a su compañero de curso en una reacción pasional frente al acoso escolar, sino de forma más bien fría y planificada, ¿es posible que lo consigne en su informe para la justicia penal de adolescentes?

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por el estándar 30 b) y c)?

3) Para efectos de esta pregunta, ahora asuma dos supuestos distintos de los expuestos en los hechos del caso (manteniéndose todo lo demás tal cual ahí se expuso): a) la víctima murió a consecuencia del corte en el cuello, y el tribunal dio por probado que, si bien Pedro no buscó la muerte de su compañero, este resultado sí es atribuible a dolo eventual (era consciente de que existía un peligro concreto de que muriese a consecuencia de su ataque); y b) Pedro nunca había protagonizado un incidente violento de esta naturaleza con anterioridad (es decir, en esta versión modificada de los hechos, Pedro no atacó a un vecino con un cúter cuando era menor y nunca fantaseó con ejecutar ese tipo de hechos de violencia). Si en tal caso el tribunal se convence de que Pedro actuó de forma pasional e irreflexiva, bajo el dolor que le provocó ser víctima de una burla humillante para él, en el contexto de una situación de *bullying*:

i) ¿Cuáles serían las principales consideraciones que el tribunal tendría en cuenta para decidir si impone o no una sanción de internamiento (en régimen cerrado)?

ii) En particular, el hecho de que la condena se funde en un homicidio doloso, ¿constituye un fundamento suficiente para imponer esa sanción, con independencia de las circunstancias concretas del hecho (dolo eventual, y no dolo directo; reacción pasional e irreflexiva; antecedentes de acoso escolar y de una burla hiriente)?

iii) Por otra parte, ¿constituyen antecedentes de importancia para que el tribunal prefiera evitar el internamiento (en régimen cerrado) las siguientes circunstancias personales?: el hecho de que Pedro tenga comprometido

apoyo de su familia; el alto nivel educativo de esta; el nivel y la calidad de la educación que recibe Pedro y su alto desempeño personal, y sus claras opciones de acceder en el futuro a formación profesional.

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por los estándares 10 a) y b), 12 a) y b), y 18 letras a) a la e)?

Caso 3

Hechos del caso

El 15 de julio de 2018, Silvia fue condenada por el delito de robo agravado por empleo de intimidación perpetrado en enero de 2018, en el que intervino en calidad de coautora con otros tres adolescentes y un joven de 18 años, en concurso real con un delito de robo agravado por el empleo de violencia perpetrado en marzo de 2018, en coautoría con dos adolescentes.

Al momento de la perpetración del primer robo, Silvia tenía 16 años y 10 meses. Al ser condenada por el segundo, acababa de cumplir 17 años. Al momento de su condena, Silvia tenía 17 años y 4 meses.

De acuerdo con el informe en que se apoyó la determinación de su sanción, Silvia pertenecía a una banda o grupo de infractores que tiene antecedentes por varios delitos violentos, si bien la participación de Silvia solo se pudo comprobar respecto de los dos robos mencionados. El primer delito, el robo con intimidación, fue perpetrado de noche en contra del conductor de un vehículo que se detuvo frente a un club nocturno, por cuatro personas, tres de ellos adolescentes y una de 18. Silvia y uno de los adolescentes, con quien tenía una relación sentimental, emplearon armas blancas para intimidar a la víctima y forzarla a entregar su billetera y otros objetos de valor. El segundo delito, el robo con violencia, fue perpetrado también de noche, en contra de un dependiente de una gasolinera, por los tres adolescentes (no intervino el joven de 18 años). Nuevamente, Silvia y el mismo adolescente de la ocasión anterior emplearon armas blancas para intimidar al dependiente, y Silvia incluso lo hirió en un brazo con el cuchillo en un momento en que el dependiente intentó arrebatárselo, causándole una grave hemorragia que logró ser tratada a tiempo por los servicios de urgencia.

El tribunal también tuvo en consideración las siguientes circunstancias personales de la adolescente. Silvia solo logró completar el cuarto año de educación básica; al momento de su detención, llevaba dos años fuera del sistema escolar, había ejercido ocasionalmente la prostitución y consumía

habitualmente drogas. Según un informe de un psicólogo, Silvia sufre un trastorno del estado de ánimo, con episodios depresivos; además, informa que su fracaso escolar estaría asociado a un síndrome de déficit atencional no tratado. Respecto a la dinámica familiar, informa que la madre, afectada por un cuadro depresivo recurrente desde el quiebre familiar y abandono del padre, hace cinco años, no es capaz de ejercer autoridad sobre su hija mayor. El padre perdió, además, todo contacto con sus hijas. Silvia se lleva mal con su hermana menor, más apegada a su madre, aplicada en la escuela, corresponsable de las tareas del hogar y quien es cada vez más crítica de la conducta de su hermana mayor. La familia vive de la ayuda de los abuelos maternos, que cuentan con un pequeño local comercial de barrio, y de lo obtenido por la madre de Silvia en trabajos esporádicos como costurera.

El tribunal impuso a Silvia una sanción de internamiento en un centro privativo de libertad, por una extensión de tiempo similar a la que comúnmente se interna a personas de su edad por los delitos por los que se le condenó.⁸

Cuando Silvia ha cumplido tan solo una quinta parte del tiempo de su sanción,⁹ su defensa presenta una solicitud de sustitución de la sanción por una no privativa de libertad (libertad asistida, libertad vigilada u otra similar), fundada principalmente en las siguientes circunstancias de hecho:

i) Silvia está embarazada, con un tiempo de gestación de seis meses. La maternidad ha provocado una crisis en ella, en que se mezclan fantasías de comenzar una nueva vida, dedicada a la maternidad y a un trabajo honrado, con una gran ansiedad, acompañada de síntomas depresivos, por su situación de privación de libertad, que vuelve muy incierta su situación de vida y sus posibilidades de ejercer la maternidad.

ii) Silvia ha procurado seriamente acatar el plan de cumplimiento individual. En efecto:

- En relación con las actividades de reinserción escolar, ha asistido de forma regular a clases, preparándose para completar quinto año de ense-

⁸ La duración estimada de la sanción dictada por el tribunal debe ser fijada por cada informe nacional considerando la respectiva regulación legal y la práctica de los tribunales, pero como orientación general puede considerarse una extensión de entre la mitad y los dos tercios de la extensión máxima admitida por la ley para la privación de libertad de adolescentes. En el caso de Brasil, suponga que la medida fue de internamiento, sin fijación de duración determinada.

⁹ En el caso de Brasil, puede estimarse que esto ocurre cuando Silvia ha cumplido ocho meses de internación.

ñanza básica, si bien su avance, de acuerdo con el informe preparado por el director de la escuela que imparte educación al interior del centro, se ve dificultado por la ansiedad que le provoca su privación de libertad.

- Respecto de su problema de adicción, ha mostrado adherencia al tratamiento que inició una vez ingresada al centro, si bien en dos ocasiones recayó, cuando otra joven interna le ofreció droga que había sido ingresada ilegalmente al lugar. El terapeuta a cargo de supervisar su tratamiento considera, con todo, que las posibilidades de mantener adherencia al tratamiento y lograr realmente una rehabilitación se verían mejoradas si Silvia pudiese reinsertarse pronto en la sociedad para continuarlo en una comunidad terapéutica o centro ambulatorio en libertad.

- Su conducta, al interior de centro, es en general positiva, de respeto a las normas y a las personas, pero en las últimas semanas protagonizó una situación de agresión a una compañera, cuando entró en una crisis de angustia a causa de que su defensora le advirtió sobre las dificultades que objetivamente podría encontrar la solicitud de sustitución de la sanción.

Preguntas

De acuerdo con la regulación legal, la jurisprudencia y la práctica judicial de su país:

4) ¿Qué consideraciones tendría en cuenta el tribunal frente a la solicitud de la defensa de Silvia?

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por el estándar 22, en relación con el 17?

5) ¿Qué peso desempeñaría en la decisión del tribunal la circunstancia de que la porción tiempo de cumplimiento de la sanción transcurrido es muy baja?

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por el estándar 23?

6) ¿Es probable que el tribunal accediese a la sustitución de la sanción por una no privativa de libertad? ¿O es más probable que solo modificase las condiciones de ejecución, sin poner término a la internación?

7) Si el tribunal no sustituyese la sanción, ¿las nuevas circunstancias planteadas por la defensa de Silvia tendrían un impacto en los objetivos y condiciones del plan de ejecución de la sanción? ¿Qué impacto?

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por el estándar 21?

PRIMERA PARTE - INFORMES NACIONALES

INFORME DE BRASIL¹ - ANA PAULA MOTTA COSTA. VICTORIA HOFF
CUNHA. BRUNO DE LAMARE

El presente estudio trata sobre el análisis de un caso brasileño, bajo la visión propiciada por los *“Estándares para Iberoamérica sobre determinación de sanciones para adolescentes que han cometido delitos”*, realizado en el año 2019 por un conjunto de investigadores de varios países, liderados por el CIDENI (Centro Iberoamericano de los Derechos del Niño). En el inicio (ítem 1), se presentan algunos esclarecimientos introductorios sobre el funcionamiento del sistema legal brasileño en el campo de aplicación y ejecución de medidas sancionatorias a adolescentes que hayan cometido actos ilícitos. A continuación (ítem 2), se da a conocer un estudio jurisprudencial que contempla una investigación realizada en seis tribunales brasileños, cinco de ellos de segunda instancia y un Tribunal Superior, en la que se analizó la jurisprudencia del país referida a cada uno de los estándares expuestos en el referido documento. Para terminar, en el ítem 3 de este documento se pone de relieve el análisis de la investigación empírica realizada con diez operadores del Sistema Socioeducativo brasileño, a partir de tres casos, analizados en común con los restantes países integrantes de la red CIDENI.

¹ Traducción: Dra. Marcela Llanos.

1. ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

La Constitución Federal de 1988 afianza la protección integral de niños y adolescentes por intermedio de un sistema de garantías y derechos humanos. En tal sentido, define que es deber de la familia, de la sociedad y del Estado garantizar al adolescente, con prioridad absoluta, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al ocio, a la formación profesional, a la cultura y a la convivencia familiar y comunitaria (BRASIL, 1988, art. 227). Asimismo, establece que el poder público debe proteger al adolescente contra toda forma de negligencia, violencia y opresión (art. 227), y que los adolescentes deben ser juzgados en caso de cometer actos ilícitos mediante un sistema propio (art. 228). A nivel infraconstitucional, el Sistema de Garantía de Derechos está reglamentado por el *Estatuto da Criança e do Adolescente*, ECA (Ley N° 8.069/1990) y por la Ley del Sistema Nacional de Atención Socioeducativo, denominada Ley SINASE (Ley N° 12.594/2012).

De ese modo, cuando el adolescente comete un hecho ilícito, análogo a un delito tipificado en el Código Penal, tal hecho es investigado y el poder judicial determina la aplicación de sanciones de carácter especial, denominadas medidas socioeducativas (BRASIL, 1990, art. 104). El sistema de juzgamiento juvenil está estructurado a partir de dos ejes centrales: (a) no hay vinculación directa entre las conductas que caracterizan la perpetración del hecho ilícito y las sanciones correspondientes, pero sí la hay en la enumeración general de las hipótesis punibles que, a partir de criterios también generales, pueden aplicarse a cualquier hecho ilícito; (b) no hay previsión de plazos determinados para la ejecución de la sanción aplicada, solo la determinación de límites máximos para su cumplimiento, como también la garantía de revisión de la medida en cualquier instancia.

Por lo tanto, aunque en Brasil no existan medidas vinculadas a los delitos penales tipificados cometidos por menores de 18 años, el ordenamiento jurídico determina la aplicación de una de las medidas socioeducativas previstas en los incisos I a VII del art. 112 del ECA (BRASIL, 1990). Asimismo, e independientemente del ilícito cometido y de la sanción aplicada, la ejecución es por tiempo indeterminado,² siendo facultativa la

² Se destaca que con relación a la medida de internación se prevé un plazo de duración no superior a tres años (art. 121, §3º, del ECA).

extinción, modificación o adaptación de la medida en todo momento, sin perjuicio de las revisiones que fueren necesarias (BRASIL, 2012, art. 43) y considerando el límite temporal correspondiente al requisito de 21 años de edad (BRASIL, 2012, art. 2º, párrafo único).

El legislador establece, como criterio fundamental en la determinación de la sanción las circunstancias personales, la gravedad del hecho ilícito y la capacidad del adolescente de cumplir con la medida socioeducativa (BRASIL, 1990, art. 112, §2º). La medida de internación, por otro lado, debe ser aplicada, excepcionalmente, en caso de verificarse perpetración de hecho ilícito cometido con violencia o amenaza grave, reiteración en la comisión de ilícitos graves, o, inclusive, el no cumplimiento reiterado e injustificado de la medida que le fuere impuesta (BRASIL, 1990, art. 122, I a III). Los últimos dos criterios implican la valoración de circunstancias que no son directamente vinculables al hecho ni contemporáneas al momento de la determinación. Se resalta, finalmente, que la medida de internación no podrá ser aplicada si hubiere otra más adecuada para el caso bajo análisis (BRASIL, 1990, art. 122, §2º).

El objetivo de promover la integración social del adolescente se traduce en el principio de la prioridad en la aplicación de medidas de rehabilitación, que atiendan las necesidades de las víctimas, o fortalezcan los vínculos familiares y comunitarios en el proceso socioeducativo (BRASIL, 2012, art. 35, III e IX). Se previó, asimismo, que la ejecución, también, debe ser regida por el principio de la individualización (BRASIL, 2012, art. 35 VI), que consiste en la posibilidad de valoración de las circunstancias personales para adaptar o extinguir la pena. Finalmente, no se puede olvidar el principio de no diferenciación negativa del adolescente, que, aunque no previsto expresamente en la ley, adviene de la interpretación de lo dispuesto en el art. 3º, párrafo único, y 6º de la ley estatutaria (BRASIL, 1990). Así, dada la peculiar condición de persona en desarrollo, el adolescente jamás podrá sufrir ningún tipo de discriminación, de modo tal que la medida socioeducativa nunca podrá ser de mayor gravedad que la pena aplicada al adulto por la comisión de un delito penal de igual naturaleza.

Respecto a la etapa de control de las medidas socioeducativas, los requisitos previstos por el legislador como condición para la imposición de la medida cautelar de internación provisoria son: (a) fundamentación de la decisión; (b) existencia de indicios suficientes de autoría y materialidad del hecho, y (c) prueba de la “necesidad imperiosa de la medida” (BRASIL, 1990, art. 108, párrafo único). Al ser la interpretación de este último ele-

mento normativo demasiado amplia, no excluye la valoración de circunstancias que no estén directamente relacionadas con la gravedad del hecho perpetrado o con la culpabilidad individual del adolescente, potenciándose con ello la valoración de esas circunstancias al momento de determinar la medida socioeducativa.

La ejecución individualizada de la medida socioeducativa se materializa a partir de la elaboración del Plan Individual de Atención, también conocido como PIA (BRASIL, 2012, art. 41 a 53). Se hace hincapié en que la gravedad del ilícito, los antecedentes y la duración de la medida no son factores que deban considerarse cuando se evalúa la posibilidad de adaptación o extinción de la sanción (BRASIL, 2012, art. 42, §2º), toda vez que esas circunstancias no son pertinentes al cumplimiento de las metas proyectadas hacia la integración social del adolescente. Por otro lado, el desempeño del adolescente, la inaptitud para el cumplimiento de las actividades establecidas y la necesidad de modificar las actividades que importen una mayor restricción de la libertad son factores que justifican el requerimiento de una nueva evaluación (BRASIL, 2012, art. 43, §1º).

La posibilidad de modificación y adaptación del PIA existe en todo momento, incluso después de la homologación judicial, previo requerimiento del equipo técnico o del propio adolescente. En ese caso, tratándose de libertad asistida, régimen de semilibertad o internación, el requerimiento no perjudica el deber de realización obligatoria de la reevaluación cada seis meses (BRASIL, 2012, art. 42 a 45). La ley brasileña inclusive prevé que la sustitución de la medida en curso por otra de mayor gravedad podría darse, únicamente, respetando el debido proceso legal, sobre la base de un dictamen técnico fundamentado y previa audiencia para la toma de decisión. (BRASIL, 2012, art. 44, §3º). De tal forma, habiendo recaído nueva sentencia condenatoria por un hecho ilícito nuevo, ya sea anterior o posterior al primigenio, durante la ejecución de una sanción, le competirá al juzgado, *a posteriori* de escuchar a la acusación y a la defensa, decidir sobre la posibilidad de unificar ambas sanciones (BRASIL, 2012, art. 45).

Finalmente, se enfatiza que, una vez iniciada la ejecución provisoria o definitiva de privación de la libertad por un hecho de naturaleza penal perpetrado en la mayoría de edad, la medida socioeducativa en curso se extinguirá (BRASIL, 2012, art. 46). Por otro lado, si estuviere en ejecución una medida socioeducativa, no bien el adolescente resultare imputado en la sustanciación de la causa penal, la autoridad jurisdiccional responsable

por la ejecución de la medida socioeducativa podrá resolver sobre la conveniencia de extinguir esta última sanción (BRASIL, 2012, art. 46, §1º).

2. ANÁLISIS DE LOS ESTÁNDARES

La aplicación de los estándares en la jurisprudencia brasileña fue verificada a partir del análisis de los precedentes del Supremo Tribunal Federal (STF) y del Superior Tribunal de Justicia (STJ), como así también de las sentencias dictadas por los tribunales de justicia de los estados de las cinco regiones brasileñas, en particular de los estados donde existe el mayor número de unidades de internación y régimen de semilibertad del país: Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios (TJ/DF), en la región centro-oeste; Tribunal de Justicia de Pernambuco (TJ/PE), en la región nordeste; Tribunal de Justicia de Pará (TJ/PA), en la región norte; Tribunal de Justicia de São Paulo (TJ/SP), en la región sudoeste; y, finalmente, Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul (TJ/RS), de la región sur. El marco temporal fue desde el año 2012 hasta el presente, en razón de la sanción de la Ley N° 12.594/12, que, según se vio, instituyó en Brasil el Sistema Nacional Socioeducativo (BRASIL, 2012).

2.1. Principios generales y definiciones

2.1.1. Estándar 1: Principios rectores para la legislación y tribunales

Fundamentación de las sentencias y sistema de impugnación

La jurisprudencia de los tribunales de los estados fundamenta la aplicación de medidas socioeducativas en razón de la gravedad del ilícito,³

³ REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/DF:** (Tribunal de Justicia / Distrito Federal y Territorios): Ac 632777, 20120130018544APR, el 22/10/2012; Ac 711875, 20120130060238APR, el 12/09/2013; Ac 873561, 20140130119286APR, el 11/06/2015; A 970347, 20150130056096AP el 29/09/2016; Ac 952292, 20150130054033APR, el 23/06/2016; Ac 1043527, 20150130004158APR, el 31/08/2017; Ac 1066629, 20160910162200APR, el 7/12/2017; Ac 1129294, 20170910130747APR, el 4/10/2018;

del empleo de violencia o de amenaza grave,⁴ de la existencia de “pasaje”

Ac 1109404, 20170910003343APR, el 5/07/2018; Ac 1146283, 20180910049193APR, el 24/01/2019.

TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Hábeas Corpus 268461-70004104-70.2012.8.17.0000, el 22/05/2012; Hábeas Corpus 265642-00001954-19.2012.8.17.0000, el 14/03/2012; Hábeas Corpus 268417-90004075-20.2012.8.17.0000, el 2/05/2012; Hábeas Corpus 272451-00007773-34.2012.8.17.0000, el 13/06/2012; Apelación 346494-40042601-19.2013.8.17.0001, el 16/01/2015; Hábeas Corpus 478613-80002797-08.2017.8.17.0000, el 26/07/2017.

TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2012.03483370-53, 114.687, el 3/12/2012; Apelación 2013.04226780-95, el 11/11/2013; Apelación 2014.04648106-75, el 10/11/2014; Apelación 2014.04648105-78, el 10/11/2014; Apelación 05496518820168140301, el 15/05/2018; Apelación 2016.04102347-88, 165.894, el 29/09/2016; Apelación 2016.02231382-78, 160.490, el 6/06/2016; Apelación 2016.05103777-82, 169.417, el 5/12/2016; Apelación 2016.04480605-20, 167.222, el 27/10/2016; Apelación 2018.00004800-15, 184.971, el 14/12/2017; Apelación 2018-01-09; 2018.05106570-44, 199.367, el 13/12/2018; Apelación 2018.04823293-58, 198.506, el 26/11/2018; Acordada 2306781, el 30/09/2019. 30/09/2019.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70050221951, el 12/12/2012; Apelación 70052123650, el 13/12/2012; Apelación 70057145336, el 5/12/2013; Apelación 70062476734, el 11/12/2014; Apelación 70062150537, el 11/12/2014; Apelación 70062063755, el 11/12/2014; Apelación 70066781378, el 10/12/2015; Apelación 70067283143, el 16/12/2015; Apelación 70067175059, el 16/12/2015; Apelación 70068612928, el 29/07/2016; Apelación 70070916788, el 27/10/2016; Apelación 70074279993, el 31/08/2017; Apelación 70074105859, el 14/09/2017; Apelación 70074162819, el 14/09/2017; Apelación 70078978756, el 22/11/2018; Apelación 70083225342, el 11/12/2019; Apelación 70083213645, el 16/12/2019; Apelación 70083029843, el 16/12/2019.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo) Hábeas Corpus 0103810-74.2012.8.26.0000, el 25/06/2012; Apelación 0014198-90.2010.8.26.0099, el 3/04/2013; Hábeas Corpus 2132177-69.2015.8.26.0000, el 19/10/2015; Apelación 0010256-35.2015.8.26.0015, el 24/10/2016; Apelación 0001485-55.2015.8.26.0278, el 25/07/2016; Apelación 0017185-84.2015.8.26.0015, el 12/06/2017; Hábeas Corpus 2096618-80.2017.8.26.0000, el 27/11/2017; Apelación 1500354-43.2019.8.26.0144, el 19/12/2019; Apelación 1504118-36.2019.8.26.0015, el 18/12/2019.

⁴ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/DF:** (Tribunal de / Distrito Federal y de los Territorios). Ac 602766, 20110130043543APR, el 5/07/2012; Ac Justicia 626732, 20120910103987 APR, el 11/10/2012; Ac 686575, 20120130061482APR, el 13/06/2013; Ac 703607, 20120910221154APR, el 8/08/2013; Ac 842612, 20140910121377APR, el 18/12/2014; Ac 853804, 20140130069837APR, el 5/03/2015; Ac 873561, 20140130119286APR, el 11/06/2015; A 935164, 20150910170369 APR, el 14/04/2016.

por el sistema de juzgamiento juvenil o reiteración en la perpetración de hechos ilícitos,⁵ o, incluso, del incumplimiento de medidas impuestas con

TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Apelación 318140-00056510-31.2013.8.17.0001, el 12/03/2014; Hábeas Corpus 322113-20013397-30.2013.8.17.0000, el 7/01/2014; Apelación 346494-40042601-19.2013.8.17.0001 el 16/01/2015, DJe 3/02/2015; Recurso en Sentido Estricto 489741-40004910-32.2017.8.17.0000, el 10/04/2018.

TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2012.03483370-53, 114.687, el 3/12/2012; Apelación 2013.04236835-97, 127.200, el 2/12/2013; Apelación 2014.04503302-24, 130.877, el 17/03/2014; Apelación 2014.04648106-75, 140.603, el 2014-11-10; Apelación 2014.04648105-78, 140.597, el 10/11/2014; Apelación 2015.03911058-55, 152.310, NHA el 2/10/2015; Apelación 2015.04061084-57, 152.664, el 22/12/2015; Apelación 2016.04102347-88, 165.894, el 2016-09-29; Apelación 2016.02231382-78, 160.490, el 6/06/2016; Apelación 2016.02231382-78, 160.490, el 2016-06-06; Apelación 2016.05103777-82, 169.417, el 5/12/2016; Acordada 2434037, el 4/11/2019; Acordada 2306781, el 30/09/2019.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70057145336, el 5/12/2013; Apelación 70055610034, el 12/12/2013; Apelación 70055563563, el 12/12/2013; Apelación 70066781378, el 10/12/2015; Apelación 70070091079, el 25/08/2016; Apelación 70074105859, el 14/09/2017; Apelación 70074162819, el 14/09/2017; Apelación 70078929411, el 31/10/2018; Apelación 70079118014, el 22/11/2018; Apelación 70078978756, el 22/11/2018; Apelación 70083213645, el 16/12/2019; Apelación 70083480459, el 16/12/2019; Apelación 70083029843, el 16/12/2019; Apelación 70083254094, el 16/12/2019.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Apelación 1504450-03.2019.8.26.0015 el 19/12/2019; Apelación 1503247-20.2019.8.26.0269, el 16/12/2019; Apelación 70067283143, el 16/12/2015.

⁵ **Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada.** **TJ/DF:** (Tribunal de Justicia / Distrito Federal y Territorios): Ac 602766, 20110130043543APR, el 5/07/2012; Ac 626732, 20120910103987 APR, el 11/10/2012; Ac 686575, 20120130061482APR, el 13/06/2013; Ac 703607, 20120910221154APR, el 8/08/2013; Ac 711875, 20120130060238 APR, el 12/09/2013; Ac 719132, 20130130038350APR, el 3/10/2013; Ac 842612, 20140910121377APR, el 18/12/2014; Ac 775100, 20130910258769APR, el 27/03/2014; Ac 762967, 20130130086873APR, el 20/02/2014; A 853804, 20140130069837APR, el 5/03/2015; Ac 873561, 20140130119286APR, el 11/06/2015; Ac 935164, 20150910170369 APR, el 14/04/2016; A 933801, 20160020065913 HBC, el 7/04/2016; Ac 970347, 20150130056096APR, el 29/09/2016; Ac 1066629, 20160910162200APR, el 7/12/2017; Ac 1109404, 20170910003343APR el 5/07/2018; Ac 1146283, 20180910049193APR, el 24/01/2019; Ac 1218829, 00036803320198070009, el 21/11/2019.

TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Hábeas Corpus 268436-40004091-71.2012.8.17.0000, el 27/04/2012; Hábeas Corpus 268461-70004104-70.2012.8.17.0000, el 22/05/2012; Apelación 257579-70033113-09.2011.8.17.0810, el 7/05/2012; Apelación 305899-30000346-46.2013.8.17.0001, el 30/07/2013; Apelación 294271-60174645-

anterioridad.⁶ Además de esos criterios, previstos en la ley, las resoluciones deberán contener como fundamento circunstancias de la vida del adoles-

36.2012.8.17.0001, el 28/05/2013; Hábeas Corpus 296221-40001655-08.2013.8.17.0000, el 4/12/2013; Hábeas Corpus 322113-20013397-30.2013.8.17.0000, el 7/01/2014; Apelación 346494-40042601-19.2013.8.17.0001, el 16/01/2015.

TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2012.03479879-50, 114.512, el 26/11/2012; Apelación 2012.03483370-53, 114.687, el 3/12/2012; Apelación 2014.04503302-24, 130.877, el 17/03/2014; Apelación 2014.04648105-78, 140.597, el 10/11/2014.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70062476734, el 11/12/2014; Apelación 70062150537, el 11/12/2014; Apelación 70070916788, el 27/10/2016; Apelación 70074279993, el 31/08/2017; Apelación 70083225342, el 11/12/2019; Apelación 70083213645, el 16/12/2019; Apelación 70083254094, el 16/12/2019 (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Apelación 0008234-64.2012.8.26.0126, el 25/03/2013; Apelación 0009354-74.2014.8.26.0320; el 24/10/2016; Apelación 70074105859, el 14/09/2017; Apelación 70074162819, el 14/09/2017.

⁶ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/DF:** (Tribunal de Justicia / Distrito Federal y Territorios): Ac 602766, 20110130043543APR, el 5/07/2012; Ac 719132, 20130130038350APR, el 3/10/2013; Ac 762967, 20130130086873APR, el 20/02/2014; Ac 970347, 20150130056096APR, el 29/09/2016.

TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Hábeas Corpus 322113-20013397-30.2013.8.17.0000, el 7/01/2014.

TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2012.03479879-50, 114.512, el 26/11/2012.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70074105859, el 14/09/2017; Apelación 70074162819, el 14/09/2017.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Hábeas Corpus 2262627-61.2019.8.26.0000, el 19/12/2019.

cente⁷ relativas a lo que podría denominarse como desvío de conducta⁸ y

⁷ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/DF:** (Tribunal de Justicia / Distrito Federal y Territorios): Ac 632777, 20120130018544APR, pasado en autoridad de cosa juzgada el 22/10/2012, Ac 626732, 20120910103987 APR, el 13/06/2013; Ac 853804, 20140130069837APR, el 5/03/2015; Ac 873561, 20140130119286APR, el 11/06/2015; Ac 911202, 20150910202213 APR, el 10/12/2015; Ac 935164, 20150910170369 APR, el 14/04/2016; A 952292, 20150130054033APR, el 23/06/2016; Ac 1043527, 20150130004158 APR, el 31/08/2017; Ac 1109404, 20170910003343APR, el 5/07/2018; Ac 1146283, 20180910049193APR, el 24/01/2019.

TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Ac 1218829, 00036803320198070009, el 21/11/2019; Hábeas Corpus 261649-30022702-09.2011.8.17.0000, el 8/02/2012; Apelación 276754-20001158-61.2012.8.17.1250, el 9/10/2012; Hábeas Corpus 269913-00005437-57.2012.8.17.0000, el 25/04/2012; Hábeas Corpus 268417-90004075-20.2012.8.17.0000, el 2/05/2012; Apelación 257579-70033113-09.2011.8.17.0810, el 7/05/2012; Apelación 305899-30000346-46.2013.8.17.0001, el 30/07/2013; Apelación 294271-60174645-36.2012.8.17.0001, el 28/05/2013; Hábeas Corpus 316060-90010386-90.2013.8.17.0000, el 22/10/2013; Apelación 318140-00056510-31.2013.8.17.0001, el 12/03/2014; Apelación 309565-80001560-94.2013.8.17.0220 el 25/02/2014.

TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2012.03479879-50, 114.512, el 26/11/2012; Apelación 2012.03483370-53, 114.687, el 3/12/2012; Apelación 2012.03483370-53, 114.687, el 3/12/2012; Apelación 2014.04503302-24, 130.877, el 2014-03-17; Apelación 05496518820168140301, el 15/05/2018; Apelación 2016.02231382-78, 160.490, el 6/06/2016; Apelación 2018.00004800-15, 184.971, el 14/12/2017; Apelación 2018.05106570-44, 199.367, el 13/12/2018; Apelación 2018.04823293-58, 198.506, el 26/11/2018.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70050221951, el 12/12/2012; Apelación 70050765791, el 13/12/2012; Apelación 70052123650, el 13/12/2012; Apelación 70062476734, el 11/12/2014; Apelación 70062063755, el 11/12/2014; Apelación 70083213645, el 16/12/2019; Apelación 70083480459, el 16/12/2019.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Apelación 0008234-64.2012.8.26.0126; 25/03/2013; Apelación 0014328-57.2014.8.26.0320; el 16/11/2015; Hábeas Corpus 2132177-69.2015.8.26.0000; el 19/10/2015; Apelación 0010256-35.2015.8.26.0015, el 24/10/2016; Apelación 0001485-55.2015.8.26.0278, el 25/07/2016; Apelación 0017185-84.2015.8.26.0015; el 12/06/2017; Apelación 1504450-03.2019.8.26.0015, el 19/12/2019; Apelación 1503247-20.2019.8.26.0269, el 16/12/2019; Apelación 1500354-43.2019.8.26.0144, el 19/12/2019; Apelación 1504118-36.2019.8.26.0015, el 18/12/2019; Apelación 1520584-48.2019.8.26.0228, el 18/12/2019.

⁸ El desvío de conducta se refiere al comportamiento considerado socialmente inadecuado, que viola normas sociales o derechos individuales; por ejemplo: involucramiento

situación de riesgo social,⁹ las que no están vinculadas con la comisión del hecho ilícito. Se enfatiza en ese punto que el art. 112, §1º, del ECA se refiere solo a “circunstancias” como criterio para la aplicación de medidas socioeducativas, existiendo, sin embargo, construcción jurisprudencial en el sentido de referirse a la vida del adolescente con el término “circunstancias personales desfavorables”.

Específicamente con relación a las resoluciones que aplican medidas socioeducativas de internación, en 2012 el STJ (Supremo Tribunal de Justicia) determinó el carácter taxativo del art. 122 del ECA, limitando la imposición de internación a las hipótesis expresamente previstas en la ley.¹⁰ Las sentencias dictadas por el STJ establecen que la internación no puede ser dispuesta únicamente en razón de los criterios enumerados en el art. 112, §1º, del ECA, tal como la gravedad concreta del ilícito, sino en razón también de las circunstancias de vida del adolescente. No obstante, en el ámbito de los tribunales de los estados fueron dictadas sentencias que aplicaron medidas de internación únicamente por la gravedad abstracta del hecho delictivo, no asociada al empleo de violencia o amenaza grave,¹¹ o,

del adolescente con bandas y facciones, agresividad, indisciplina e frecuencia en ambientes inadecuados para el buen desarrollo social y moral (puntos de venta de drogas, “biqueiras”).

⁹ El riesgo social está asociado a la situación de vulnerabilidad del adolescente. Algunos de los aspectos referidos por los tribunales para caracterizar la situación de riesgo social fueron la desorganización familiar y comunitaria, violencia cometida contra el adolescente (familiar, policial o asociada al tráfico de drogas), frecuencia de asistencia escolar del adolescente.

¹⁰ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **STJ:** (Supremo Tribunal de Justicia) Hábeas Corpus 213778 RJ, el 22/05/2012; Hábeas Corpus 223113 SP, el 14/02/2012; Hábeas Corpus 229303 SP, el 20/03/2012; Hábeas Corpus 231459 PE, el 3/05/2012; Hábeas Corpus 236694 PE, el 3/05/2012; Hábeas Corpus 256.290/SP, el 20/11/2012; Hábeas Corpus 171.689/SP, el 12/03/2013.

¹¹ **Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. TJ/PE:** (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Hábeas Corpus 268461-70004104-70.2012.8.17.0000, el 22/05/2012; Hábeas Corpus 265642-00001954-19.2012.8.17.0000, el 14/03/2012; Hábeas Corpus 268417-90004075-20.2012.8.17.0000, el 2/05/2012.

TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2012.03483370-53, 114.687, el 3/12/2012; Apelación 2018.00004800-15, 184.971, el 14/12/2017.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70062063755, el 11/12/2014; Apelación 70067175059, el 16/12/2015

inclusive, en razón de la situación de riesgo social del adolescente.¹² La *ratio* de las sentencias dictadas es en sentido completamente opuesto al establecido por los tribunales superiores, quienes fijaron la inteligencia del art. 122 del ECA en el sentido de mitigar su rigor cuando las circunstancias del caso concreto así lo exigieren.¹³

El sistema recursivo previsto en el ordenamiento jurídico brasileño permite que las sentencias dictadas por los tribunales del estado sean reformadas por el STJ (Supremo Tribunal de Justicia). De tal forma, las sentencias que aplican medidas de internación por fuera de las hipótesis taxativas previstas en el art. 122 del ECA fueron revisadas y sustituidas por

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Hábeas Corpus 0103810-74.2012.8.26.0000, el 25/06/2012; Hábeas Corpus 2132177-69.2015.8.26.0000, el 19/10/2015; Apelación 0010256-35.2015.8.26.0015, el 24/10/2016; Apelación 0001485-55.2015.8.26.0278, el 25/07/2016; Apelación 0017185-84.2015.8.26.0015, el 12/06/2017; Apelación 1500354-43.2019.8.26.0144, el 19/12/2019; Apelación 1504118-36.2019.8.26.0015, el 18/12/2019.

¹² Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/PE:** (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Hábeas Corpus 261649-30022702-09.2011.8.17.0000, el 8/02/2012; Hábeas Corpus 269913-00005437-57.2012.8.17.0000, el 25/04/2012; Hábeas Corpus 268417-90004075-20.2012.8.17.0000, el 2/05/2012; Hábeas Corpus 316060-90010386-90.2013.8.17.0000, el 22/10/2013; Apelación 318142-40062279-20.2013.8.17.0001, el 25/02/2014; Apelación 309565-80001560-94.2013.8.17.0220, el 25/02/2014.

TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2012.03483370-53, 114.687, el 3/12/2012; Apelación 2018.00004800-15, 184.971, el 14/12/2017.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70050765791, el 13/12/2012; Apelación 70062063755, el 11/12/2014.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Apelación 0014328-57.2014.8.26.0320, el 16/11/2015; Hábeas Corpus 2132177-69.2015.8.26.0000, el 19/10/2015; Apelación 0010256-35.2015.8.26.0015, el 24/10/2016; Apelación 0001485-55.2015.8.26.0278, el 25/07/2016; Apelación 0017185-84.2015.8.26.0015, el 12/06/2017; Apelación 1500354-43.2019.8.26.0144 el 19/12/2019; Apelación 1504118-36.2019.8.26.0015, el 18/12/2019.

¹³ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/PE,** (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Hábeas Corpus 268436-40004091-71.2012.8.17.0000, el 27/04/2012; Ac 309565-80001560-94.2013.8.17.0220, el 25/02/2014.

TJ/SP, (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Hábeas Corpus 2155257-57.2018.8.26.0000, el 17/09/2018.

TJ/RS (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul), Ac 309565-80001560-94.2013.8.17.0220, el 25/02/2014, Apelación 70062476734, el 11/12/2014.

medidas socioeducativas menos graves. Frente a la ausencia de gravedad concreta de la conducta, o de circunstancias personales desfavorables del adolescente, el Tribunal aplicó medidas no restrictivas de la libertad,¹⁴ como la libertad asistida y la prestación de servicio a la comunidad. No obstante, en la gran mayoría de los casos en los que se verificó la presencia de esos elementos, el STJ determinó la aplicación de medida de semilibertad.¹⁵

2.1.2. Estándar 3: Naturaleza de las sanciones penales en adolescentes

Distinción entre la justicia juvenil y el sistema de protección de derechos

La ley brasileña garantiza diferentes respuestas institucionales a los adolescentes que cometen hechos ilícitos y a los que se encuentran en situación de vulnerabilidad. No obstante, la utilización del criterio de “circunstancias personales desfavorables” permite que los tribunales determinen la aplicación de medidas socioeducativas en situaciones en las que cabría una intervención de carácter protector. Elementos como la “situación de riesgo”, “la drogadicción”, “la violencia cometida contra el adolescente”, “frecuentar ambientes inadecuados para el buen desarrollo social y moral”, “la desorganización familiar”, “la poca frecuencia de asistencia escolar” son, a menudo, utilizados para justificar la aplicación de medidas socioeducativas, tanto en el Superior Tribunal de Justicia como en jurisdicción de los tribunales de los estados.

En los tribunales de los estados prevalece el entendimiento de que la aplicación de las medidas socioeducativas es necesaria para apartar a los adolescentes de la situación de riesgo social, garantizando así la efectivización de los derechos sociales.¹⁶ En otro nivel de entendimiento, se asocia la

¹⁴ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **STJ:** (Supremo Tribunal de Justicia). Hábeas Corpus 299.257/SP [Estado de San Pablo], el 9/09/2014; Habeas Corpus 459.523/SP, el 16/10/2018; Hábeas Corpus 472.059/SP, el 21/02/2019.

¹⁵ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **STJ:** (Supremo Tribunal de Justicia). Hábeas Corpus 267.037/SP, el 12/12/2013; Hábeas Corpus 269.381/SP, el 11/03/2014; Hábeas Corpus 295723 SP (Estado de San Pablo), 2014/0127793-0, el 18/12/2014; Hábeas Corpus 341.789/SP, el 7/06/2016; Hábeas Corpus 397.838/SP, el 8/08/2017; Hábeas Corpus 445.159/SP, el 18/09/2018; Hábeas Corpus 500.937/SP, el 7/05/2019.

¹⁶ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJDF:** (Tribunal de Justicia. Distrito

vulnerabilidad a la inmoralidad, al universo delictual, siendo la intervención necesaria para la recuperación y la resocialización del adolescente.¹⁷ La necesidad de apartar al adolescente del medio social justifica, en la mayoría de las decisiones, la aplicación de medidas restrictivas de libertad que, en algunos casos, se acumulan a medidas de carácter protector.¹⁸ En el STJ, por su lado, prevalece el entendimiento de que la aplicación de las medidas socioeducativas sería un instrumento para garantizar la protección del adolescente por medio del alejamiento del contexto de vida marcado por

Federal y Territorios): Ac 775100, 20130910258769APR, el 27/03/2014; Ac 1043527, 20150130004158APR, el 31/08/2017.

TJPE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Ac 1218829, 00036803320198070009, el 21/11/2019; Hábeas Corpus 268436-40004091-71.2012.8.17.0000, el 27/04/2012; Hábeas Corpus 269913-00005437-57.2012.8.17.0000, el 25/04/2012; Apelación 305899-30000346-46.2013.8.17.0001, el 30/07/2013; Apelación 318142-40062279-20.2013.8.17.0001, el 25/02/2014; Apelación 309565-80001560-94.2013.8.17.0220, el 25/02/2014.

TJPA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2013.04236835-97, 127.200, el 2/12/2013; Apelación 2014.04648106-75, 140.603, el 10/11/2014; Apelación 2016.05103777-82, 169.417, el 5/12/2016; Apelación 2018.05106570-44, 199.367, el 13/12/2018.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Hábeas Corpus 0103810-74.2012.8.26.0000, el 25/06/2012.

¹⁷ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/DF:** (Tribunal de Justicia/ Distrito Federal): Ac 775100, 20130910258769APR, el 27/03/2014.

TJPE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Hábeas Corpus 268436-40004091-71.2012.8.17.0000, el 27/04/2012; Hábeas Corpus 268417-90004075-20.2012.8.17.0000, el 2/05/2012; Hábeas Corpus 316060-90010386-90.2013.8.17.0000, el 22/10/2013.

TJPA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2018.04823293-58, 198.506 el 26/11/2018; Acordada 2306781, el 30/09/2019.

TJRS: (Tribunal de Justicia/Estado de Rio de Janeiro) Apelación 70050221951, el 12/12/2012; Apelación 70062476734, el 11/12/2014.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Apelación 0014328-57.2014.8.26.0320, el 16/11/2015; Hábeas Corpus 2096618-80.2017.8.26.0000, el 27/11/2017.

¹⁸ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/PE:** (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Apelación 257579-70033113-09.2011.8.17.0810, el 7/05/2012.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70083139014, el 16/12/2019.

TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2015.04061084-57, 152.664, el 22/10/2015.

la vulnerabilidad y la violación de los derechos individuales y sociales.¹⁹ También en ese caso son pocas las decisiones que determinan la aplicación de medidas socioeducativas acumuladas a formas de intervención protectora.²⁰

2.1.3. Estándar 5: Fines de la sanción

Fines incompatibles con estándares internacionales de la sanción

La excepcionalidad en la aplicación de medidas privativas de libertad, aunque prevista en ley, no se verifica en la jurisprudencia de los tribunales de los estados. Se destaca que la mayoría de las sentencias analizadas disponen medidas de internación, muchas veces sin siquiera apoyarse en las hipótesis taxativas previstas en el art. 122 del ECA, de cuya inteligencia se desprende que “debe tener su rigor mitigado”²¹ o ser sometido a una “interpretación extensiva”,²² aun cuando la “internación fuera de las hipótesis del art. 122 del ECA no representa ilegalidad, en caso de estar debidamente justificada”.²³ En esas sentencias, la privación de libertad se entiende como instrumento de resocialización y recuperación del adoles-

¹⁹ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **STJ:** (Supremo Tribunal de Justicia). Hábeas Corpus 277.496/SP, el 17/12/2013; Hábeas Corpus 358.838/SP, el 30/06/2016; el 354.676/SP, pasado en autoridad de cosa juzgada el 6/12/2016; Hábeas Corpus 401.642/SP, el 22/08/2017; Hábeas Corpus 410.097/SP, el 19/10/2017; Hábeas Corpus 494.862/SP, el 7/05/2019; Hábeas Corpus 522.548/SP, el 17/09/2019.

²⁰ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **STJ:** (Supremo Tribunal de Justicia). Hábeas Corpus 393.101/SP, el 4/05/2017.

²¹ **TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco)** Hábeas Corpus 268436-40004091-71.2012.8.17.0000, el 27/04/2012.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70062476734, el 11/12/2014.

²² Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco)** Ac 309565-80001560-94.2013.8.17.0220, el 25/02/2014.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Hábeas Corpus 2155257-57.2018.8.26.0000, el 17/09/2018.

²³ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco)** A 309565-80001560-94.2013.8.17.0220, el 25/02/2014.

cente delictivo,²⁴ necesario para apartarlo del riesgo social o del medio que lo lleva a la comisión de hechos ilícitos. Existen, inclusive, sentencias en el sentido de que desarticular la convivencia social sería útil para la “imposición de límites”²⁵ al adolescente infractor o también destacando el carácter retributivo de la internación,²⁶ de modo tal que resultaría necesaria para apartar la idea de impunidad.²⁷

En el STJ, en 2012, existen sentencias que establecen el principio de que la medida socioeducativa de internación solamente podría ser impuesta al adolescente en la hipótesis de no haber otra más adecuada y menos cara a su libertad.²⁸ No obstante, a partir de 2014 prevalece el principio de que las medidas privativas de libertad son intervenciones eficaces y necesarias para apartarlo del riesgo social.²⁹ Por otro lado, las medidas socioeducativas ejecutadas en medio abierto, que no privan al adolescente de la convivencia

²⁴ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/DF: (Tribunal de Justicia/ Distrito Federal)** Ac 1066629, 20160910162200APR, el 7/12/2018.

TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Recurso en Sentido Estricto 489741-40004910-32.2017.8.17.0000, el 10/04/2018.

TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2012.03483370-53, 114.687, el 3/12/2012.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Apelación 0014328-57.2014.8.26.0320, el 16/11/2015.

²⁵ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul)** Apelación 70066781378, el 10/12/2015; Apelación 70074162819, el 14/09/2017; Apelación 70067283143, el 16/12/2015; Apelación 70067175059, el 16/12/2015; Apelación 70074162819, el 14/09/2017.

²⁶ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul)** Apelación 70068612928, el 29/07/2016.

²⁷ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul)** Apelación 70083225342, el 11/12/2019.

²⁸ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **STJ: (Supremo Tribunal de Justicia).** Hábeas Corpus 229303 SP, el 20/03/2012; Hábeas Corpus 231459 PE, el 3/05/2012; Hábeas Corpus 236694 PE, el 3/05/2012; Hábeas Corpus 256.290/SP, el 20/11/2012.

²⁹ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **STJ: (Supremo Tribunal de Justicia).** Hábeas Corpus 277.496/SP, el 17/12/2013; Hábeas Corpus 358.838/SP, el 30/06/2016; Hábeas Corpus 354.676/SP, el 6/12/2016; Hábeas Corpus 401.642/SP, el 22/08/2017;

familiar y comunitaria, no serían consideradas suficientes para recuperar y apartar al adolescente del medio delictivo o, inclusive, retirarlo de la situación de riesgo social.³⁰ Ese entendimiento prevalece, también, en jurisdicción de los tribunales de los estados,³¹ en los que la situación de riesgo del adolescente muchas veces se utiliza para justificar su falta de “capacidad” para cumplir medidas en un medio abierto, pues tales medidas “no irían a surtir el efecto pedagógico deseado”.

2.1.4. Estándar 6: Especialidad de la determinación de sanciones

Las medidas socioeducativas comparten el carácter de padecimiento de la sanción penal para adultos y, por ello, deben estar sujetas a los límites del derecho penal común. Se impone la tesis de la no validación de las causas atenuantes de la graduación de la pena.³² En la jurisprudencia de

Hábeas Corpus 410.097/SP, pasado en autoridad de cosa juzgada el 19/10/2017; Hábeas Corpus 494.862/SP, el 7/05/2019; Hábeas Corpus 522.548/SP, el 17/09/2019.

³⁰ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **STJ: (Supremo Tribunal de Justicia)**. Hábeas Corpus 230522 PE 2012/0002578-9, el 4/04/2013; Hábeas Corpus 410.097/SP, el 19/10/2017.

³¹ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco)**. Apelación 318142-40062279-20.2013.8.17.0001, el 25/02/2014.

TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2018.04714323-78, el 23/11/2018; Apelación 2012.03479879-50, 114.512, el 26/11/2012; Apelación 2012.03491524-35, 115.322, el 17/12/2012; Apelación 2013.04187339-78, 123.832, el 2/09/2013; Apelación 2018.04823293-58, 198.506, el 26/11/2018; Acordada 2306781, el 30/09/2019.

³² Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/DF: (Tribunal de Justicia / Distrito Federal y Territorios)** Ac 626732, 20120910103987APR, el 11/10/2012; Ac 703607, 20120910221154APR, el 8/08/2013; Ac 873561, 20140130119286APR, el 11/06/2015; Ac 686575, 20120130061482APR, el 13/06/2013; Ac 935164, 20150910170369APR, el 14/04/2016; Ac 1146283, 20180910049193APR, el 24/01/2019.

TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2015.04061084-57, 152.664, el 22/10/2015.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70057145336, el 5/12/2013; Apelación 70062150537, el 11/12/2014.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Apelación 0001485-55.2015.8.26.0278, el 25/07/2016; Apelación 0001485-55.2015.8.26.0278; el 25/07/2016; Apelación 1520584-48.2019.8.26.0228, el 18/12/2019.

los tribunales de los estados, sin embargo, existe la tendencia de mitigar el cumplimiento de las garantías previstas en el Código Penal en los casos vinculados a la comisión de hechos ilícitos, en particular con referencia a la confesión (artículo 65, inciso III, apartado d del Código Penal), toda vez que no habría conminación de pena en los procesos de juzgamiento juvenil, pero sí la aplicación de medidas socioeducativas de carácter no punitivo y de protección. La falta de reconocimiento de las garantías penales es utilizada en perjuicio del adolescente, si consideramos que existen juzgados que hacen lugar en la causa al incidente por aumento de pena.³³ En el STJ, no fueron registradas sentencias con esa orientación.

El análisis de la jurisprudencia también muestra la relativización de las garantías específicamente previstas para los adolescentes en el proceso de juzgamiento juvenil. La realización del estudio técnico interdisciplinario, garantía prevista en el art. 186, §2º del ECA, por ejemplo, se considera prescindible para la determinación de la medida socioeducativa más adecuada, tanto en el ámbito del STJ como en la justicia de los estados.³⁴ También se percibe la relativización del derecho de permanecer internado en la misma localidad o en una localidad próxima al domicilio de sus padres o responsable legal (art. 124, VI del ECA). En el STJ, el cumplimiento de la medida en una unidad de internación ubicada en un municipio diferente del de la residencia de los padres del adolescente se considera posible cuando no hubiere un establecimiento apropiado para el cumplimiento de la medida³⁵ o en caso de ocupación plena de la unidad,³⁶ situaciones que se dan con bastante frecuencia.

³³ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo)** Apelación 0014198-90.2010.8.26.0099, el 3/04/2013.

³⁴ **STJ: (Supremo Tribunal de Justicia)**. Hábeas Corpus 142.489/MG, el 7/02/2011; Recurso Legal en los Recursos de Aclaratoria Recurso Especial 1319704/RS, publicado el 14/12/2012; Recurso Especial 1.622.914/GO, publicado el 11/11/2016.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70068612928, publicado el 29/07/2016

³⁵ **STJ: (Supremo Tribunal de Justicia)**. Hábeas Corpus 337.830/SP, publicado el 30/11/2015; Hábeas Corpus 337.830/SP, publicado el 30/11/2015; Hábeas Corpus 337.830/SP, publicado el 30/11/2015; Hábeas Corpus 445.159/SP, juzgado el 18/09/2018.

³⁶ **STJ: (Supremo Tribunal de Justicia)**. Hábeas Corpus 287.618-MG, el 13/05/2014.

2.2. Estándares relativos a la proporcionalidad de la sanción con el delito

2.2.1. Estándar 10: Gravedad del delito

Mayor énfasis en la culpabilidad y desvalor de la conducta

Menor énfasis en consideraciones de seguridad pública y fines simbólicos

El estándar 10 establece que la gravedad del ilícito debe considerar la culpabilidad individual del adolescente y el desvalor de la conducta, antes que la gravedad abstracta del delito o de la magnitud del daño ocasionado. El ordenamiento jurídico brasileño establece la gravedad del delito y las circunstancias personales desfavorables como criterios para la aplicación de medidas socioeducativas de mayor gravedad (art. 112 §1º ECA), no existiendo ninguna previsión de causales de exclusión o atenuantes de responsabilidad que engloben el grado de culpabilidad en hipótesis paradigmáticas. Así, a fin de suplir la laguna legal, en 2012 el STJ determinó la diferenciación entre “gravedad abstracta” y “gravedad concreta” de la conducta, no admitiendo la aplicación de medidas de mayor gravedad sobre la base de la gravedad genérica del hecho ilícito.³⁷

La diferenciación entre gravedad abstracta y gravedad concreta no se aplica de manera clara en la jurisdicción de los tribunales de los estados. La gravedad del ilícito se aduce abstractamente,³⁸ en razón de las cir-

³⁷ **STJ: (Supremo Tribunal de Justicia).** Hábeas Corpus 229303 SP, el 20/03/2012; Hábeas Corpus 231459 PE, el 3/05/2012; Hábeas Corpus 236694 PE, el 3/05/2012; Hábeas Corpus 256.290/SP, el 20/11/2012.

³⁸ **TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco)** Hábeas Corpus 268461-70004104-70.2012.8.17.0000, el 22/05/2012; Hábeas Corpus 265642-00001954-19.2012.8.17.0000, el 14/03/2012; Hábeas Corpus 268417-90004075-20.2012.8.17.0000, el 2/05/2012.

TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2012.03483370-53, 114.687, el 3/12/2012; Apelación 2018.00004800-15, 184.971, el 14/12/2017.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70062063755, el 11/12/2014; Apelación 70067175059, el 16/12/2015.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Hábeas Corpus 0103810-74.2012.8.26.0000, el 25/06/2012; Hábeas Corpus 2132177-69.2015.8.26.0000, el 19/10/2015; Apelación 0010256-35.2015.8.26.0015, el 24/10/2016; Apelación 0001485-55.2015.8.26.0278, el 25/07/2016; Apelación 0017185-84.2015.8.26.0015, el 12/06/2017; Apelación 1500354-43.2019.8.26.0144, el 19/12/2019; Apelación 1504118-36.2019.8.26.0015, el 18/12/2019.

cunstances del caso concreto, que vuelven más reprochable la conducta o enfatizan la peligrosidad del autor del hecho,³⁹ tales como el empleo de violencia, uso de armas de fuego o arma blanca, diversidad y cantidad de drogas secuestradas y concurso de personas en la comisión del hecho. La gravedad concreta también se aduce en razón del desvío de la conducta del adolescente, caracterizado por la relación con bandas y facciones, indisciplina y personalidad reincidente,⁴⁰ o incluso por causa de las circunstancias personales desfavorables del adolescente.

³⁹ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/DF: (Tribunal de Justicia / Distrito Federal y Territorios)** Ac 602766, 20110130043543APR, 5/07/2012; Ac 703607, 20120910221154APR, el 8/08/2013; Ac 775100, 20130910258769APR, el 27/03/2014; Ac 602766, 20110130043543APR, el 5/07/2012; Ac 873561, 20140130119286APR, el 11/06/2015; Ac 911202, 20150910202213APR, el 10/12/2015; Ac 1043527, 20150130004158APR, el 31/08/2017; Ac 1066629, 20160910162200APR, el 7/12/2017; Ac 1129294, 20170910130747APR, el 4/10/2018; Ac 1218829, 00036803320198070009, el 21/11/2019.

TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Hábeas Corpus 272451-00007773-34.2012.8.17.0000, el 13/06/2012; Apelación 294271-60174645-36.2012.8.17.0001, el 28/05/2013; Hábeas Corpus 478613-80002797-08.2017.8.17.0000, el 26/07/2017.

TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2012.03479879-50, 114.512, el 26/11/2012; Apelación 2013.04236835-97, 127.200, el 2/12/2013; Apelación 2014.04503302-24, 130.877, el 17/03/2014; Apelación 2014.04648106-75, 140.603, el 10/11/2014; Apelación 2014.04648105-78, 140.597, Apelación 10/11/2014; Apelación 2016.04102347-88, 165.894, el 29/09/2016; Apelación 2016.05103777-82, 169.417, el 5/12/2016; Apelación 2018.04823293-58, 198.506, el 26/11/2018; Acordada 2434037, el 4/11/2019; Acordada 2306781, el 30/09/2019.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70050221951, el 12/12/2012; Apelación 70055610034, el 12/12/2013; Apelación 70055563563, el 12/12/2013; Apelación 70067283143, el 16/12/2015; Apelación 70068612928, el 29/07/2016; Apelación 70079118014, el 22/11/2018; Apelación 70083326876, el 16/12/2019.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Apelación 0008234-64.2012.8.26.0126, el 25/03/2013; Apelación 0009354-74.2014.8.26.0320, el 24/10/2016; Apelación 0017185-84.2015.8.26.0015, el 12/06/2017; Hábeas Corpus 2096618-80.2017.8.26.0000, el 27/11/2017; Apelación 1504450-03.2019.8.26.0015, el 19/12/2019; Apelación 1503247-20.2019.8.26.0269, el 16/12/2019; Apelación 1500354-43.2019.8.26.0144, el 19/12/2019; Apelación 1520584-48.2019.8.26.0228, el 18/12/2019.

⁴⁰ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/DF: (Tribunal de Justicia/ Distrito Federal)** Ac 1043527, 20150130004158APR, el 31/08/2017.

El estándar 10 b, por su parte, establece que los criterios utilizados por el legislador para aumentar la pena atribuida a los delitos en la legislación penal común no deben ser considerados en el proceso de juzgamiento de los adolescentes. La Ley de Criminalidad Grave (Ley N° 8.072/1990), por ejemplo, establece que la pena para el delito de tráfico de estupefacientes debe cumplirse, en principio, bajo régimen cerrado (art. 8°), de modo que una interpretación análoga podría determinar la aplicación de una medida de internación para los adolescentes que cometan hecho ilícito equivalente al tráfico de drogas. A partir de 2012, la jurisprudencia del STJ pasó a no admitir la aplicación de medidas de mayor gravedad con amparo en la naturaleza grave del delito de tráfico de drogas.⁴¹ El Tribunal, inclusive, modificó la doctrina contenida en la *Súmula*⁴² 492, rechazando la posibilidad de aplicación de medidas de internación basadas, exclusivamente, en la gravedad básica de la conducta del tráfico de drogas. Existen sentencias en la jurisdicción de los Tribunales del Estado contrariando ese argumento,⁴³ sin embargo, en instancias de apelación resultan modificadas.

2.2.2. Estándar 11: Severidad de las sanciones

En relación con la categoría de los adolescentes) Considerando especiales necesidades de ciertos adolescentes

TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2012.03479879-50, 114.512, el 26/11/2012; Apelación 2012.03483370-53, 114.687, el 3/12/2012.

TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Hábeas Corpus 296221-40001655-08.2013.8.17.0000, el 4/12/2013; Apelación 346494-40042601-19.2013.8.17.0001, el 16/01/2015.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70078978756, el 22/11/2018; Apelación 70067283143, el 16/12/2015; Apelación 70067175059, el 16/12/2015; Apelación 70083480459, el 16/12/2019.

⁴¹ **STJ: (Supremo Tribunal de Justicia).** Hábeas Corpus 213778 RJ, el 22/05/2012; Hábeas Corpus 229303 SP, el 20/03/2012.

⁴² *Súmula* es la síntesis de una doctrina jurisprudencial fijada por los tribunales.

⁴³ **Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada.** **TJ/DF:** (Tribunal de Justicia / Distrito Federal y Territorios). Ac 1081760, 20140130089950APR, el 8/03/2018.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Hábeas Corpus 0103810-74.2012.8.26.0000, el 25/06/2012.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70083225342, el 11/12/2019.

El ordenamiento jurídico brasileño prevé que la medida debe ser aplicada considerando la capacidad de cumplimiento del adolescente (art. 112, §1º, del ECA). La capacidad de cumplimiento se refiere no solamente a la particularidad de la condición del individuo en desarrollo, sino también a las circunstancias que llevan a la desproporcionalidad del cumplimiento de la medida en adolescentes con determinadas características y vulnerabilidades. Con relación al estándar 11 a, las sentencias en los tribunales de los estados describen la condición particular del individuo en desarrollo de manera abstracta, de modo tal de no determinar la aplicación de medidas socioeducativas más benéficas para el adolescente.⁴⁴ En el STJ existen sentencias de 2012 aplicando el principio en beneficio del adolescente.⁴⁵ Sin embargo, en los años siguientes la consideración de ese principio no dio oportunidad a la aplicación de medidas de menor gravedad,⁴⁶ por el contrario, en ocasiones, fue utilizado para justificar la aplicación de medidas de internación.

El estándar 11 c, por su lado, establece que la aplicación de la sanción debería considerar la existencia de circunstancias que conviertan a la medida socioeducativa en más severa en el caso de determinados adolescentes. En los tribunales de los estados, el análisis de la capacidad se realiza de manera abstracta en la mayoría de las sentencias. En algunas sentencias se analizan circunstancias como la incapacidad o enfermedad crónica, embarazo o maternidad y la ausencia de redes familiares o comunitarias. Sin embargo, la interpretación sobre la relevancia de esas circunstancias para la determinación de las medidas socioeducativa varía ampliamente: en ocasiones, se consideran en la aplicación de medidas de menor gravedad o incluso en la aplicación de medidas de protección,⁴⁷ pero, en general, no son consideradas al evaluar la proporcionalidad o, inclusive, determinan la aplicación de medidas de una gravedad mayor.

⁴⁴ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/DF: (Tribunal de Justicia / Distrito Federal y Territorios)**. Ac 873561, 20140130119286APR, el 11/06/2015.

TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Apelación 294271-60174645-36.2012.8.17.0001, el 28/05/2013; Apelación 318142-40062279-20.2013.8.17.0001, el 25/02/2014; Apelación 309565-80001560-94.2013.8.17.0220, el 25/02/2014.

⁴⁵ **STJ: (Supremo Tribunal de Justicia)**. Hábeas Corpus 231459 PE, el 3/05/2012.

⁴⁶ **STJ: (Supremo Tribunal de Justicia)**. Hábeas Corpus 281.535/SP, el 18/02/2014.

⁴⁷ **TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco)** Apelación 3222517 PE, publicado el 8/05/2014.

En los tribunales superiores, además de evaluar, la mayoría de las veces, de forma negativa la circunstancia de la desorganización familiar y comunitaria, también existe la tendencia a quitar relevancia al hecho del embarazo o maternidad de la adolescente, en lo que se refiere a la aplicación de medidas socioeducativas. En el STJ existen sentencias que disponen que el hecho de que una adolescente estuviere en etapa de lactancia no es óbice para su internación, toda vez que en el lugar donde fuere internada deberá recibir todos los cuidados médicos relativos a la maternidad conforme lo dispuesto por el art. 63, §2º, de la Ley N.º. 12.594/2012.⁴⁸ Es jurisprudencia reiterada del STJ (Supremo Tribunal de Justicia) en el sentido de que no existe legislación autorizando la suspensión de la internación del adolescente por causa de embarazo, “incluso por la naturaleza jurídica de la medida socioeducativa, que no conlleva la idea de pena o sanción, sino por el contrario, que tiene carácter pedagógico y de protección”.⁴⁹

2.2.3. Estándar 12: Gravedad del delito y severidad de la sanción

Renuncia a reglas de proporcionalidad positiva absoluta

Reglas de proporcionalidad ordinal negativa

El estándar 12 b establece que el tribunal debe contar con un espacio de discrecionalidad para elegir, de acuerdo con las circunstancias específicas del caso, la sanción más adecuada al tipo penal incurrido. Como ya hemos visto, los principales fundamentos para la aplicación de medidas socioeducativas de libertad son reincidencia en la perpetración de hechos ilícitos, empleo de violencia y grave amenaza, circunstancias personales desfavorables o la gravedad del hecho ilícito, de modo tal que las sentencias que aplican medidas socioeducativas de mayor gravedad en razón de esos criterios son consideradas una variable constante. En los tribunales de los estados, la gravedad justifica, en ocasiones, la disposición de medidas de internación, fuera de las hipótesis previstas en el art. 122 del ECA. En el STJ, aunque se rechace ese entendimiento, la gravedad y las circunstancias

⁴⁸ **STJ:** (Supremos Tribunal de Justicia) Hábeas Corpus 481681 SC 2018/0320322-3, pasado en autoridad de cosa juzgada el 11/04/2019.

⁴⁹ **STF: (Supremo Tribunal Federal)** Hábeas Corpus 143254 SP - SÃO PAULO 0004177-25.2017.1.00.0000, el 28/04/2017.

personales desfavorables justifican la aplicación de una medida privativa de la libertad de menor gravedad que la internación, como lo es la semilibertad.

En los tribunales de los estados, diversas sentencias dejan de ponderar aspectos relevantes del caso concreto que podrían atenuar la culpabilidad del adolescente en razón de la comisión del hecho ilícito. Algunas de esas circunstancias son, por ejemplo, la participación limitada o de menor importancia del adolescente,⁵⁰ la existencia de coacción física o moral⁵¹ o la agresión de la víctima practicada contra el adolescente.⁵² También se considera la aplicación de medidas privativas de la libertad, inclusive la internación, en el caso de hechos ilícitos de menor gravedad o cometidos sin el empleo de violencia o grave amenaza, tales como hurtos cometidos en supermercados, la recepción o transporte u ocultamiento de cosa de origen ilegítimo, conducción de vehículo automotor sin licencia o desacato.⁵³ En esos casos, las sentencias fundamentan la necesidad de aplicación de la

⁵⁰ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/DF: (Tribunal de Justicia/ Distrito Federal)** Ac 686575, 20120130061482APR, el 13/06/2013; Ac 873561, 20140130119286APR, el 11/06/2015.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70066781378, el 10/12/2015.

⁵¹ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/DF: (Tribunal de Justicia/ Distrito Federal)** Ac 711875, 20120130060238APR, pasado en autoridad de cosa juzgada el 12/09/2013; Ac 1197403, 20170910104030APR, el 22/08/2019.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Apelación 0017185-84.2015.8.26.0015, el 12/06/2017.

⁵² **TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará).** Apelación 2013.04226780-95, 126.615, el 11/11/2013.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70083029843, el 16/12/2019.

⁵³ Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/DF: (Tribunal de Justicia/ Distrito Federal)** Ac 1066629, 20160910162200APR, el 7/12/2017; Ac 762967, 20130130086873APR, el 20/02/2014; Ac 762967, 20130130086873APR, el 20/02/2014.

TJ/PA: (Tribunal de Justicia/Estado de Pará) Apelación 2016.02231382-78, 160.490, el 6/06/2016.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70062150537, el 11/12/2014.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Apelación 0009354-74.2014.8.26.0320; el 24/10/2016.

medida en razón de los antecedentes penales del adolescente o incluso en razón de las circunstancias personales desfavorables.

El estándar 12 c, finalmente, establece que la ley debe considerar reglas que prohíban, o no obliguen, a la imposición de pena para delitos que no fueren graves o de entidad suficiente. No existe en el ordenamiento jurídico brasileño ninguna previsión en ese sentido, de modo tal que el análisis en relación a ese punto se ve perjudicado.

2.2.4. Estándar 13: Internación provisoria

La medida de internación provisoria únicamente se justifica si fuere el medio adecuado y estrictamente necesario para garantizar la finalidad del proceso, y solo si los riesgos asociados a la medida no fueren desproporcionadamente altos en comparación con los fines procesales en el caso específico. En el STJ se aplica el principio de que la internación provisoria solo podría ser dispuesta si hubiere indicios suficientes de autoría y prueba sobre la materialidad del hecho, y la hipótesis en análisis respondiere al tenor del art. 122 del ECA,⁵⁴ o, incluso, frente a la gravedad concreta del hecho ilícito cometido.⁵⁵ Existe también el principio de que la internación provisoria se justifica en razón de la necesidad de apartar al adolescente del “medio delictual” en el que se encuentra inserto.⁵⁶

2.3. Variable de proporcionalidad de la pena en relación con las circunstancias del adolescente

2.3.1. Estándar 16: Antecedentes

De conformidad con la orientación adoptada en el estándar bajo análisis, los antecedentes delictivos no pueden influir en la determinación de la pena que le correspondiere al adolescente en una condena nueva. Sin embargo, en Brasil, al menos en lo que se refiere a las penas privativas de libertad, el propio sistema normativo abre margen a esa posibilidad, contribuyendo al

⁵⁴ **STJ: (Supremo Tribunal de Justicia).** Recurso Legal o Interno en el RHC (Recurso Ordinario en Hábeas Corpus) 93.649/SP, el 20/09/2018; Hábeas Corpus 351.995/SP, el 16/06/2016; Hábeas Corpus 340.002/SC, el 2/02/2016.

⁵⁵ **STJ: (Supremo Tribunal de Justicia).** Hábeas Corpus 230.372/MG, el 6/03/2012.

⁵⁶ **STJ: (Supremo Tribunal de Justicia).** RHC 76.252/MG (Recurso Ordinario en Hábeas Corpus - Estado de Minas Gerais), pasado en autoridad de cosa juzgada el 15/12/2016; Hábeas Corpus 337.610/SP, el 27/09/2016.

establecimiento del precedente jurisprudencial de que, junto a la gravedad en sí del hecho perpetrado, la conducta social del adolescente y, principalmente, las reincidencias en la comisión de hechos ilícitos constituyen los principales criterios de determinación de la pena aplicable.

El STF (Supremo Tribunal Federal), en el periodo analizado, previó la posibilidad de valoración, conjuntamente con la gravedad del hecho perpetrado, de elementos atinentes a la conducta social del adolescente, sobre todo en caso de haberse constatado vinculaciones con bandas delictivas.⁵⁷ No obstante, en ninguna de las sentencias se estableció, explícitamente, la posibilidad de valoración de los antecedentes penales como criterio de determinación de la pena.

En el STJ, al menos con relación a las penas privativas de libertad, se estableció la tendencia de que siempre que se presentare la hipótesis de incidente pertinente (hecho cometido con violencia o grave amenaza) se justificará la aplicación de pena con consideración prioritaria de las circunstancias del hecho.⁵⁸ Aun en los casos en que no se presentara el incidente, la tendencia fue buscar, de forma subsidiaria, justificar la pena en virtud de la vida anterior del adolescente, valorándose la existencia de antecedentes delictivos o de mala conducta social.⁵⁹ En ese contexto de análisis, fue ejemplificativo el cambio de jurisprudencia del STJ a lo largo de los años, en cuanto a la interpretación de los parámetros para la procedencia del inciso II del art. 122 del ECA: inicialmente, se entendía que, para que se configurase un caso de “reincidencia en la comisión de delito grave”, era necesario un prontuario de, por lo menos, tres hechos delictivos perpetrados;⁶⁰ luego se pasó a entender que la comisión de un segundo hecho ilícito ya era suficiente para la configuración del caso.⁶¹

Por otro lado, en los tribunales de justicia de los estados se puede identificar una tendencia de reproducción del discurso de justificación adoptado en el STJ, aunque con un nivel un poco más acentuado de rigor punitivo, siempre con la valoración de los antecedentes penales como el instrumento más importante para constatar la pertinencia de la regla estándar del eventual

⁵⁷ STF: (Supremo Tribunal Federal) Hábeas Corpus 121974, el 13/05/2014.

⁵⁸ STJ: (Supremo Tribunal de Justicia). Hábeas Corpus 420.821/MG, el 23/11/2017.

⁵⁹ STJ: (Supremo Tribunal de Justicia). Hábeas Corpus 468.869/SP, el 18/10/2018.

⁶⁰ STJ: (Supremo Tribunal de Justicia). Hábeas Corpus 226.645/SP, el 17/05/2012.

⁶¹ STJ: (Supremo Tribunal de Justicia). Recurso Legal o Interno en el Hábeas Corpus 550.677/SP, pasado en autoridad de cosa juzgada el 3/03/2020.

cumplimiento de la medida de internación. En ese contexto, se atribuye particular énfasis al carácter pedagógico o, incluso, utilitario de la sanción aplicada, como si la existencia de antecedentes delictivos consistiese en un indicativo de que el adolescente viviera expuesto a un ambiente social y familiar de riesgo y la privación de libertad, en tal escenario, fuese una medida de protección cuyo objetivo sería apartarlo de tal ambiente de degradación.⁶²

2.3.2. Estándar 17: Circunstancias del adolescente durante la ejecución

De acuerdo con el estándar analizado, las circunstancias personales, sociales y familiares pertinentes al adolescente no podrían ser determinantes en la definición de la sanción aplicable, debiendo ser valoradas durante la ejecución de la pena con miras a potenciar la reinserción social del adolescente y a ofrecerle la posibilidad de adaptación social, a través de la modificación o, incluso, la extinción de la medida ejecutada.

En Brasil, a nivel jurisprudencial, en líneas generales, se encuentra consagrada la orientación de que las penas aplicadas a los adolescentes pueden ser revisadas en todo momento, de oficio o a pedido de parte, sin perjuicio de tratarse de medidas privativas de libertad o del cumplimiento del plazo máximo para la nueva evaluación prevista en ley. En lo que concierne a las circunstancias en sí que deberán ser valoradas fue posible identificar un foco de tensión entre las condiciones más relacionadas con la vida anterior del adolescente (vinculadas a la conducta social o a la existencia de antecedentes delictivos) y aquellas más directamente relacionadas con los cambios sobrevinientes a la ejecución de la medida en curso. En este sentido, converge la jurisprudencia de los tribunales de los estados, a partir de la orientación marcada por el STJ, al conferir plena discrecionalidad al juez para dar mayor peso a las primeras en detrimento de las últimas,

⁶² Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco)**. Apelación 465633-50004281-14.2016.8.17.0220, el 19/10/2017; Apelación 2013.04179088-96, 123.270, el 8/08/2013; Apelación 70073283236, el 31/05/2017; Apelación 1515480-58.2019.8.26.0266, el 3/04/2020; Acordada 1224377, 20190130008980APR, el 18/12/2019.

aunque esa opción implique contrariar la recomendación dada por el equipo técnico de acompañamiento.⁶³⁻⁶⁴

2.4. Estándares específicos para la imposición judicial de la sanción

2.4.1. Estándar 18: Criterios de selección de una sanción privativa de libertad

Prohibición de discriminación negativa del adolescente

Criterios aplicables en sistemas jurídicos con reglas de proporcionalidad negativa

Criterios aplicables en sistemas jurídicos sin reglas de proporcionalidad absoluta

La orientación preconizada en el apartado a, sobre la jurisprudencia, fue ampliamente adoptada por el STF (Supremo Tribunal Federal), el STJ (Supremo Tribunal de Justicia) y por los tribunales de los estados analizados, inclusive bajo el aspecto de vector interpretativo de otras reglas jurídicas, sirviendo para relativizarlas o aun apartarlas cuando el resultado de su aplicación en un caso concreto consista en la imposición a un adolescente

⁶³ Se incluye el número de la Acordada, Recurso Legal, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. **STJ: (Supremo Tribunal de Justicia)**. Recurso Legal 1610719/ES, el 23/08/2016, Hábeas Corpus 389.738/SP, el 27/04/2017; RHC 102.354/BA, el 6/11/2018; Recurso Legal en el Hábeas Corpus 526.002/ES, el 3/12/2019; Recurso Legal en el Hábeas Corpus 525.798/ES, el 18/02/2020; Recurso de Apelación 70054799713, el 1/08/2013; Recurso de Apelación 70066316555, el 4/11/2015; Hábeas Corpus 70076645621, el 28/03/2018; Ac 1061164, 20170020188519AGI, el 16/11/2017; Ac 1139268, 07185232320188070000, el 22/11/2018; Apelación 2016.03913254/14, 165.143, pasado en autoridad de cosa juzgada el 12/9/2016; Ac 886416, 24/08/2018; Ac 886416, el 24/08/2018.

⁶⁴ Se trata, exactamente, de la misma orientación seguida por los restantes tribunales de los estados analizados, con predominancia en el TJ/SP (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo), consagrada en el Enunciado N° 84 de la Súmula del aludido tribunal, según el cual “El juez, al dictar sentencia con relación a la ejecución de la medida socioeducativa, no está vinculado a los dictámenes del equipo técnico”. En igual sentido se expidió el TJ/SP (Tribunal de Justicia/ Estado de São Paulo). Hábeas Corpus 2045169-78.2020.8.26.0000, pasado en autoridad de cosa juzgada el 3/07/2013; Recurso de Apelación 2198442-14.2019.8.26.0000, pasado en autoridad de cosa juzgada el 30/10/2019; Recurso de Apelación 2198433-52.2019.8.26.0000, pasado en autoridad de cosa juzgada el 27/11/2019; Hábeas Corpus 2024590-12.2020.8.26.0000, pasado en autoridad de cosa juzgada el 16/04/2020.

de una condición procesal de mayor gravedad de lo que resultaría aplicable a un adulto imputable, habiendo perpetrado un hecho análogo.⁶⁵⁻⁶⁶

Por otro lado, en lo relativo al apartado “b, el STJ, cuyo principio concuerda en el punto con la jurisprudencia replicada por los tribunales de los estados analizados, no deja de invocar la necesidad y la idoneidad como criterios de justificación para determinar una medida socioeducativa en detrimento de otra. Sin embargo, resulta posible identificar una tendencia a vincular la eventual suficiencia de la medida aplicada no con el estímulo del desarrollo personal y a la integración social del adolescente, sino con la preservación del orden público. En otras palabras, como principio, no se plantea la necesidad o idoneidad de la medida con el objetivo de cambio personal y reinserción social del adolescente en el núcleo familiar/personal, sino más bien con la preservación de la sociedad frente al riesgo de reincidencia delictiva, examen que se vinculará al análisis de la conducta social pasada y de los antecedentes del adolescente.⁶⁷

⁶⁵ **Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. STF:** (Supremos Tribunal Federal) Hábeas Corpus 119160, el 9/04/2014; Hábeas Corpus 388.762/ES, el 18/04/2017; Hábeas Corpus 2181707-03.2019.8.26.0000, el 20/09/2019; Apelación 1500235-47.2019.8.26.0673, el 10/03/2020; Hábeas Corpus 268437-10004092-56.2012.8.17.0000, el 12/04/2012; Ac 1023504, 20160130121325APR, el 8/06/2017; Ac 1177074, 07047593320198070000, el 6/06/2019; Apelación 70078630654, el 18/10/2018.

⁶⁶ Ejemplificativo de tal tendencia es el principio consolidado en el ámbito del STJ en el sentido de que, para que se configure el elemento normativo “reincidencia de delitos graves”, previsto en el inciso II del art. 122 del ECA, como una de las hipótesis condicionantes para disponer la internación como medida sancionatoria, resulta indispensable que exista *res judicata* de la sentencia de un juzgamiento de un ilícito anterior, bajo pena, justamente, de dar un tratamiento de mayor gravedad al adolescente que al adulto: STJ, Hábeas Corpus 520.476/RJ, pasado en autoridad de cosa juzgada el 18/02/2020, Dje (Diario de Justicia del Estado) 28/02/2020.

⁶⁷ **Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. STJ: (Supremo Tribunal de Justicia).** Hábeas Corpus 256.290/ el 20/11/2012; Hábeas Corpus 214.758/ES, el 8/10/2013; Hábeas Corpus 301.301/RS, el 7/10/2014; Hábeas Corpus 320.876/SP, el 6/08/2015; Hábeas Corpus 373.531/RJ, el 17/11/2016; Hábeas Corpus 387.897/SP, el 18/04/2017; Hábeas Corpus 498.023/SP, el 11/04/2019.

TJ/SP: (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo) Apelación 1502213-28.2019.8.26.0554, el 25/09/2019; Hábeas Corpus 2262968-87.2019.8.26.0000, el 30/01/2020.

Por último, en lo que se refiere a los apartados c y d, a nivel jurisprudencial, de conformidad con lo señalado en el muestreo de juzgados bajo análisis, en ocasión del Estándar N° 16, aunque no se deje de justificar la aplicación de la sanción en consideración de las circunstancias del hecho, hay una clara tendencia de atarse a la justificación de la aplicación de las medidas socioeducativas de privación de libertad en virtud de la conducta social o de los antecedentes delictivos del adolescente, lo que, por tanto, contraría la orientación del estándar en el sentido de que los criterios de proporcionalidad negativa que justifiquen la aplicación de la aludida medida sancionatoria deben estar estrictamente unidos al desvalor de la conducta y a la culpabilidad individual del adolescente.

2.4.2. Estándar 19: Extensión de la sanción privativa de libertad

Proporcionalidad con el delito

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

En Brasil, la ley no establece criterios de determinación previa de la duración de la medida socioeducativa aplicada ni tampoco prevé determinación de la extensión de la medida socioeducativa en consideración de la naturaleza específica del hecho delictivo perpetrado, lo que perjudica la evaluación comparativa con la interpretación jurisprudencial del estándar.

2.4.3. Estándar 20: Sanciones no privativas de libertad

La orientación de este estándar es que la aplicación de una sanción no privativa de libertad, entre varias opciones posibles, a un adolescente debería ser pautada por la mayor posibilidad de que, en el caso concreto, la ejecución de la sanción viniera a potencializar la reinserción social del que delinque.

TJ/PE: (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco) Apelación 318142-40062279-20.2013.8.17.0001, el 25/02/2014; Hábeas Corpus 321984-70013325-43.2013.8.17.0000, el 27/02/2014.

TJ/DF, Ac 1142326, 20170910124523APR, el 6/12/2018; Acordada 1150364, 20170910108934APR, el 7/02/2019; Ac 2246638, el 16/09/2019.

TJ/RS (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70074085200, el 27/09/2017; Apelación 70082258575, el 16/12/2019; Apelación 70082418385, el 30/01/2020.

Sin embargo, lo que se percibe en los fallos jurisprudenciales es una tendencia hacia la valoración mayor de los eventos pasados de la vida del adolescente que de la perspectiva futura de reinserción social, que bien podría deparársele al adolescente que delinquirió, en consideración de las especificidades de cada alternativa sancionatoria; ello, aun distinguiendo en cuanto a la aplicación de una medida socioeducativa determinada en medio abierto en detrimento de otra. Se crea, de ese modo, una escala simple atada a la gravedad del hecho procesado y de los hechos anteriores cometidos: cuanto más graves fueren esos hechos precedentes, más rígida será la medida aplicada en medio abierto, independientemente de que fuere esa medida la que ofreciere mayor perspectiva de integración social.⁶⁸

2.5. Estándares específicos para la revisión judicial de la sanción durante su ejecución

2.5.1. Estándar 21: Plan individual de cumplimiento

En Brasil, hay exigencia legal de que las medidas sancionatorias de naturaleza penal en presencia de un adolescente sean ejecutadas de acuerdo con un Plan Individual de Atención (PIA) que, habiendo sido previamente aprobado por el Poder Judicial, establezca claramente los objetivos, etapas y plazos de cumplimiento de la medida aplicada y sea periódicamente

⁶⁸ **Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada.** STJ, Hábeas Corpus 297.290/SP, el 7/10/2014; Hábeas Corpus 337.810/SP, el 17/11/2015; Hábeas Corpus 347.294/SP, el 1/09/2016; Hábeas Corpus 388.762/ES, el 18/04/2017; Recurso Interno en el Recurso Especial 1811373/ES, el 20/08/2019.

TJSP, Apelación 1501037-67.2019.8.26.0407, el 3/07/2013; Apelación 1500654-02.2019.8.26.0630, el 15/04/2020; Apelación 1503923-80.2019.8.26.0361, el 16/04/2020; Apelación 1501026-43.2019.8.26.0664, el 16/04/2020;

TJ/PE, Apelación 326302-50000087-91.2013.8.17.0990, el 29/04/2014; Apelación 540898-20043080-34.2018.8.17.0810, el 13/12/2019; Ac 1006544, 20160910185172APR, el 23/03/2017.

TJ/DF, Ac 1113737, 20180910028950APR, el 2/08/2018; Ac 1220522, 20190130016108APR, el 5/12/2019; Ac 1237971, 00061753820198070013, el 12/03/2020; Apelación 2015.01572288-64, 145.860, el 7/05/2015; Apelación 2017.03173827-50, 178.533, el 17/07/2017; Apelación 2016.03915657-80, 165.151, el 19/09/2016.

TJ/RS, Apelación 70069905362, el 25/08/2016; Apelación 70075589481, el 22/11/2017; Apelación 70079236717, el 13/12/2018; Apelación 70082620287, el 27/11/2019; Apelación 70083969006, el 16/04/2020.

revisado. A pesar de que tal principio es pacíficamente aceptado por los tribunales, habiendo sido consolidado plenamente a partir de precedentes paradigmáticos del STJ, es refutado en los tribunales de justicia de los estados en el sentido de que el cumplimiento de las metas previstas en el PIA deben ser valoradas como importante vector en los controles comunes (periódicos) o extraordinarios (a pedido), y en cuanto a la posibilidad de extinción y modificación de la medida (lo que implica el retroceso o progreso del adolescente, cumpliendo medidas de menor o mayor gravedad),⁶⁹ sin perjuicio de la reserva, principalmente en jurisdicción del TJ/SP (Tribunal de Justicia/ Estado de São Paulo),⁷⁰ del hecho que los dictámenes del equipo técnico elaborados sobre la base del examen del PIA no sean vinculantes para la sentencia del juez.

⁶⁹ **Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. STJ** (Supremo Tribunal de Justicia), Hábeas Corpus 316.461/SP, el 2/06/2015; Hábeas Corpus 316.461/SP, el 2/06/2015; Hábeas Corpus 319.506/SP, el 22/11/2016; Recurso Interno en el Hábeas Corpus 526.002/ES, el 3/12/2019; Recurso Interno en el Hábeas Corpus 525.798/ES, el 18/02/2020.

TJ/PE (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco), Hábeas Corpus 314721-90009817-89.2013.8.17.0000, el 2/10/2013.

TJ/DF (Tribunal de Justicia/ Distrito Federal), Acordada 821052, 20140020129482AGI, el 18/09/2014; Acordada 1061164, 20170020188519AGI, el 16/11/2017; Acordada 1139268, 07185232320188070000, el 22/11/2018.

TJ/PA (Tribunal de Justicia/Estado de Pará), Apelación 2014.04502394-32, 130.798, el 10/03/2014; Apelación 2015.01073791-09, el 7/04/2015; Apelación 2016.02547152-70, 161.494, el 27/06/2016.

TJ/RS: (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Recurso de Apelación 70050453075, el 18/10/2012; recurso de Apelación 70053100251, el 2/05/2013; Recurso de Apelación 70062524657, el 18/12/2014; Recurso de Apelación 70079296786, el 31/10/2018; Recurso de Apelación 70083035097, el 16/12/2019; Recurso de Apelación 70084130335, el 8/04/2020.

⁷⁰ **Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. TJSP (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo)**; Hábeas Corpus 2007144-93.2020.8.26.0000, el 3/07/2013; Hábeas Corpus 2161630-70.2019.8.26.0000, el 16/09/2019; Hábeas Corpus 2005912-46.2020.8.26.0000, el 26/03/2020; Hábeas Corpus 2287678-74.2019.8.26.0000, el 11/03/2020; Hábeas Corpus 2265756-74.2019.8.26.0000, el 3/02/2020.

2.5.2. Estándar 22: Desarrollo e integración social del adolescente durante la ejecución y sustitución o término anticipado de la sanción

Como hemos visto, se encuentra consolidado en la jurisprudencia brasileña el principio de que el cumplimiento de las metas previstas en el Plan Individual de Atención (PIA) es el principal criterio para constatar la pertinencia de la extinción de la medida socioeducativa, así como la eventual conveniencia de su modificación durante el curso de la ejecución. De modo específico, de acuerdo con los tribunales el término anticipado de la sanción estará debidamente condicionado al cumplimiento de los objetivos para promover el desarrollo e integración social del adolescente determinados como de cumplimiento necesario en el estándar, en la medida en que tales ideales estuvieren condicionados a la elaboración del plan individual de acompañamiento.⁷¹⁻⁷²

2.5.3. Estándar 23: Proporcionalidad entre el delito y la severidad de la sanción

En Brasil no hay previsión legal para la ejecución de la medida socioeducativa por un período mínimo en relación con el ilícito perpetrado ni tampoco fue desarrollado el principio jurisprudencial referido a tal exigencia,

⁷¹ **Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada.** TJSP (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo); Hábeas Corpus 2279844-20.2019.8.26.0000, pasado en autoridad de cosa juzgada el 28/02/2020; Hábeas Corpus 2020207-88.2020.8.26.0000, el 27/03/2020; Hábeas Corpus 2283855-92.2019.8.26.0000, el 30/03/2020.

TJ/PE (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco), Hábeas Corpus 296221-40001655-08.2013.8.17.0000, el 4/12/2013.

TJ/DF (Tribunal de Justicia/ Distrito Federal), Ac 862570, 20130130005123APR, el 23/04/2015; Ac 1018048, 20140130028759APR, el 18/05/2017; Apelación 2015.01982845-02, 147.013, el 21/05/2015.

TJ/PA (Tribunal de Justicia/Estado de Pará), Ac 1900840, el 17/06/2019.

TJ/RS (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Apelación 70053087268, el 27/03/2013; Apelación 70070405279, el 1/02/2017; Apelación 70080847577, el 16/12/2019.

⁷² En la misma línea de pensamiento convergen los precedentes del STJ en el sentido de que el examen sobre la posibilidad de extinción o modificación de la medida debe ser pautado por la doctrina de la protección integral, entre cuyos pilares está el de valorar al adolescente como persona en desarrollo: Hábeas Corpus 315.353/SP, el 7/04/2015; Hábeas Corpus 351.732/GO, el 24/05/2016; Hábeas Corpus 543.279/SP, el 10/03/2020.

todo lo cual perjudica el análisis del mencionado estándar.

*2.5.4. Estándar 24: Continuidad o modificación de la sanción
Reincidencia delictiva posterior al inicio de la ejecución*

Concurso de delitos identificado con posterioridad al inicio del cumplimiento de la sanción

En materia de jurisprudencia se aplica, sin ningún disenso significativo, la previsión legal en el sentido de que, adviniendo nueva sentencia condenatoria en tiempo de ejecución de la sentencia primera, independientemente de que se trate de un hecho anterior o posterior, le competirá al juez decidir sobre la posibilidad de unificar las sentencias, no estando facultado, sin embargo, para disponer sobre una nueva medida de internación por hechos delictivos perpetrados con anterioridad y con condena cumplida, en relación con una medida que fuere de menor gravedad (art. 45, *caput*, y §2º, respectivamente, de la Ley N° 12.594/2012). El dispositivo legal y su interpretación, en sentido amplio, no descartan la posibilidad de que, habiendo unificación de procesos, se acumulen las sanciones sin necesidad de evaluar la potencialidad del plan que se encontrare en ejecución, teniendo en cuenta la reinserción social del adolescente, contrariándose, de este modo, la orientación del estándar de marras. Tampoco fue prohibido que en la decisión de unificación jurisdiccional se opte por el mantenimiento de la medida que se encuentra en curso, en caso de que fuere considerado conveniente.

Asimismo, hay uniformidad jurisprudencial en el sentido de que es prerrogativa exclusiva del juez de ejecución de la medida socioeducativa primigenia resolver sobre la referida posibilidad de unificar las medidas o extinguir alguna de ellas,⁷³ y que, en consecuencia, la previsión legal del §2º del art. 45 jamás podría ser interpretada para llevar a la extinción de la medida antes del juzgamiento definitivo del mérito de la prueba, de las

⁷³ Se incluye el número de la Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. TJSP (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo); Apelación 0039350-51.2017.8.26.0114, el 3/07/2013; Apelación 70075270009 el 30/11/2017; Apelación 70076780915, el 23/05/2018.

acciones socioeducativas instauradas para investigar nuevos hechos ilícitos, bajo pena de ejercer indebidamente la competencia del juez de ejecución⁷⁴

2.5.5. Estándar 25: Incumplimiento de la sanción no privativa de libertad Sanciones dirigidas a promover la integración social del adolescente

Sanciones que no están dirigidas a promover la integración social del adolescente

La jurisprudencia colectada prueba que en Brasil, como regla, la constatación del incumplimiento por el adolescente de la medida socioeducativa en medio abierto conduce a la aplicación de una medida de mayor gravedad (por lo general, privativa de la libertad), sin profundizar en la investigación de las causas que motivaron el incumplimiento de la medida de ejecución primigenia en curso,⁷⁵ tendencia apenas atenuada por la práctica de algunos tribunales locales de jamás prescindir, en el retroceso de la ejecución de la medida, de la presentación del dictamen técnico de acompañamiento⁷⁶. Se trata de una concepción contraria al principio constante del estándar

⁷⁴ **Se incluye el número del Recurso de Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. STJ** (Supremo Tribunal de Justicia), RHC (Recurso en Hábeas Corpus 60.612/DF (Distrito Federal), el 25/08/2015; Ag. Int. (Rec. Int.) en el Rec. Esp. San Pablo 1073510/ES, el 13/06/2017; Ag. Int. (Rec. Int.) en el Ar. Esp. Rec. Esp. (San Pablo) 1055897/ES, el 27/06/2017; Ag. Int. (Rec. Int.) en el HC (Hábeas Corpus) 430.747/SC, el 23/10/2018; Ag. Int. (Rec. Int.) en el Ar. Esp. Rec. Esp. (San Pablo) 1087813/ES, el 6/12/2018; Ag. Rg. (Rec. Int.) en el HC (Hábeas Corpus) 457.134/SC, el 23/04/2019; Apelación 314867-00039962-62.2012.8.17.0001, el 25/02/2014; Apelación 2017.03660304-81, 179.863, el 24/07/2017.

⁷⁵ **Se incluye el número del Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. STJ (Supremo Tribunal de Justicia)**, Hábeas Corpus 228.147/PE, el 7/08/2012; Habeas Corpus 499.316/DF (Distrito Federal), el 1/10/2019; Hábeas Corpus 296289-60001690-65.2013.8.17.0000, el 20/03/2013; Hábeas Corpus 296221-40001655-08.2013.8.17.0000, el 4/12/2013; Apelación 2012.03482723-54, 114.652, el 3/12/2012; Apelación 2016.03471481-22, 163.662, el 22/08/2016.

⁷⁶ **TJSP** (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo); Hábeas Corpus 2009850-49.2020.8.26.0000, el 10/03/2020; Hábeas Corpus 2033756-68.2020.8.26.0000, el 27/03/2020.

TJ/RS (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul) Recurso de Apelación 051055325, el 1/11/2012 curso de Apelación 053610697 el 25/05/2013; Recurso de Apelación 0060364684, el 6/06/2014; Recurso de Apelación 0065297681, el 9/10/2015; Recurso de Apelación 0067649376, el 1/03/2016; Recurso de Apelación 0079296786, el 1/10/2018; Recurso de Apelación 70082174392, el 15/07/2019.

bajo análisis en el sentido de que el retroceso en la ejecución de la medida solamente podría ocurrir si el incumplimiento no respondiere a circunstancias personales del adolescente o a fallas del propio programa de ejecución de la medida. La tendencia jurisprudencial contraría, inclusive, la propia literalidad de la previsión legal brasileña de haber sido “injustificado” (art. 122, III, del ECA).

2.5.6. Estándar 26: Perpetración de un delito como mayor de edad durante el cumplimiento de la ejecución de una sanción aplicable en la adolescencia

La colecta jurisprudencial probó que en Brasil hay aplicación irrestricta de la ley en el sentido de que, al iniciarse la ejecución provisoria o definitiva de la pena privativa de libertad, sea en régimen cerrado o semiabierto, por hecho de naturaleza penal cometido ya habiendo alcanzado la mayoría de edad, se dispone la extinción de la medida socioeducativa, de cumplimiento aún en curso (art. 46, III, de la Ley N° 12.594/2012); y de que la autoridad jurisdiccional responsable por la ejecución de tal medida podrá decidir si entiende conveniente o no la extinción de esta última sanción, aun si el individuo no hubiere iniciado el cumplimiento de la ejecución provisoria o definitiva de la pena privativa de libertad, y pasare a la condición de imputado por el hecho perpetrado durante la mayoría de edad (art. 46, §1°, de la Ley N° 12.594/2012). Prueban los juzgados analizados, en efecto, que la hipótesis del inc. III del art. 46, efectivamente, no da margen alguno a la discrecionalidad del juez de la ejecución de la medida socioeducativa,⁷⁷ a diferencia de lo que se verifica con relación a la hipótesis del §1°, en cuanto a que la discrecionalidad del juez, si bien no de forma plena, encuentra amparo en el principio del libre convencimiento fundamentado, destacándose el hecho de que en el análisis de pertinencia de la prosecución de la ejecución

⁷⁷ **STJ** (Supremo Tribunal de Justicia) Rcl7.138/DF, el 23/10/2013; Apelación 0001296-58.2016.8.26.0370, el 3/07/2013; Hábeas Corpus 2281591-05.2019.8.26.0000, el 10/03/2020; Apelación 70070261375, el 25/08/2016.

de la medida socioeducativa se debe ponderar el carácter pedagógico de esta última en consideración con la doctrina de la protección integral.⁷⁸⁻⁷⁹

Importa resaltar que la hipótesis prevista en el art. 46, III, de la Ley N.º 12.594/2012, no inviabilizó el hecho de que, tratándose de la pena dispuesta en su condición de adulto, de una sanción de menor gravedad, en comparación con la medida socioeducativa originariamente ejecutada (principalmente en caso de no ser aquella primera de pena privativa de libertad en régimen cerrado o semiabierto), se evalúe la posibilidad de proseguir con la ejecución de aquella última, lo que se complementaría con la orientación expresada en el estándar antes analizado.

2.6. Información sobre circunstancias del adolescente

2.6.1. Estándar 27: Criterios de determinación de las sanciones

En Brasil no hay ninguna norma expresa que regule el contenido y modo de utilización de los bancos de datos disponibles para auxiliar la decisión judicial en la determinación de la medida socioeducativa; tampoco hay antecedentes de valoración jurisprudencial sobre ello. Constituye, de cualquier modo, una rutina habitual, en contexto de práctica judicial para la finalidad apuntada, la consulta a banco de datos de las informaciones concernientes a los antecedentes penales y a la conducta social del adolescente, lo que, en concordancia con lo ya visto, contraría la orientación de que solo la gravedad de la conducta en sí y la culpabilidad individual sean valoradas para la determinación de la sanción (*vide* Estándar 16).

⁷⁸ **TJSP (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo)**; Hábeas Corpus 2274814-04.2019.8.26.0000, pasado en autoridad de cosa juzgada el 3/07/2013; Hábeas Corpus 2171735-09.2019.8.26.0000, pasado en autoridad de cosa juzgada el 23/09/2019.

TJ/RS (Tribunal de Justicia/ Estado de Rio Grande do Sul), Apelación 70051929149, Octava Cámara pasado en autoridad de cosa juzgada el 2/01/2013; Apelación 70083685594, pasado en autoridad de cosa juzgada el 3/02/2020.

⁷⁹ En esa misma línea de pensamiento se orienta el principio consagrado en el ámbito del STJ y compartido por los tribunales de los estados, en el sentido de que la disposición de prisión preventiva en el curso del proceso penal a la que responde el individuo, en su condición de adulto, aunque produzca efectos similares a los de la ejecución provisoria de la pena, debe conducir no a la aplicación automática prevista en el inciso III del art. 46, sino al juicio de discrecionalidad previsto en el §1º del mismo dispositivo legal: STJ, Rec. Esp 1778248/ES, pasado en autoridad de cosa juzgada el 5/12/2019.

2.6.2. Estándar 28: Formación y especialización de los órganos de la justicia

En Brasil, en el plano legal, se prevé la posibilidad de especialización de la justicia juvenil, con metas programáticas de organización judicial y reserva presupuestaria, inclusive para la capacitación técnica de los funcionarios judiciales que actúan en el área de la infancia y de la juventud (artículos 145, 150 y 151 del ECA). Sin embargo, en la práctica, los aludidos preceptos normativos no se cumplen con la extensión debida.

En principio, llama la atención en la estructura judicial brasileña el hecho de que, aunque exista una tendencia de especialización de los órganos jurisdiccionales que actúan en la justicia de la infancia y de la juventud a nivel de los estados y a nivel nacional (y, excepcionalmente, a nivel municipal, si se tratare de municipios más populosos), esta concentración jurisdiccional no ocurre, necesariamente, en el contexto de unidades jurisdiccionales con actuación en materia delictiva. Ello, contrariando, por tanto, la comprensión de que los procedimientos para la disposición y ejecución de medidas sancionatorias de naturaleza penal frente a adolescentes, sin perjuicio de la preservación de sus especificidades, poseen una naturaleza procesal penal específica, con la consecuente necesidad de garantizar al adolescente, ya en condición de imputado y condenado, todas las garantías procesales inherentes a tal condición.

En los tribunales brasileños, la jurisdicción penal vinculada a la justicia juvenil se encuentra como una tendencia concentrada en determinados órganos fraccionados, los cuales no necesariamente poseen atribución exclusiva para actuar en la materia, lo que está directamente vinculado al tamaño de la estructura del tribunal y al número de jueces vinculados a ese tribunal.⁸⁰ En los casos que no son de competencia exclusiva, de conformidad como ya fuera adelantado, la competencia residual puede ser de naturaleza penal⁸¹ y civil.⁸²

⁸⁰ El TJ/SP (Tribunal de Justicia/ Estado de São Paulo), por tener una estructura mayor, podría ser calificado como excepción a la regla general, en la medida en que la jurisdicción penal de la justicia juvenil es ejercida exclusivamente por la Cámara Especial.

⁸¹ Entre los tribunales examinados, están los casos del STJ (Supremo Tribunal de Justicia), Salas 5ª y 6ª; del TJ/PE (Tribunal de Justicia/Estado de Pernambuco), 1ª, 2ª, 3ª y 4ª Cámara Penal, y del TJ/DF (Tribunal de Justicia/ Distrito Federal), 1ª, 2ª y 3ª Cámara Penal.

⁸² Entre los tribunales analizados están los casos del TJ/PA (Tribunal de Justicia/ Estado de Pará), inicialmente, Cámaras Civil apartadas (especializadas), 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 5ª,

Asimismo, la mencionada tendencia, además de no ser absoluta, no viene acompañada, en la práctica, de la garantía de que los funcionarios de los tribunales que intervengan en las unidades de ejecución hayan contado con la formación técnica apropiada para tal grado de especialización. Aunque la delimitación de la competencia pueda ser un factor de estímulo para los funcionarios que, voluntariamente, profundicen sus conocimientos en la respectiva área, las instituciones públicas (Poder Judicial, Ministerio Público y Defensoría Pública) no prevén la formación especializada como requisito para cubrir tales cargos (jueces, fiscales y defensores públicos), que actuarán en las unidades concentradas, lo que, sumado a un esfuerzo insuficiente de las instituciones para promover la capacitación de sus miembros en el ámbito de la justicia penal juvenil, acarrea la consecuencia de que la formación interdisciplinaria especializada, que sería exigible de los funcionarios con actuación en el área, aunque compartida por algunos, no es una realidad en el país.

2.6.3. Estándar 29: Información durante las etapas del proceso

La ley brasileña prevé que, entre otros factores, la internación provisoria de un adolescente puede ser dispuesta si hubiere “necesidad imperiosa de la medida” (art. 108, párrafo único, del ECA), elemento normativo que permite una interpretación demasiado amplia, dada su indeterminación. Frente a tal apertura, se consolidó, en sede jurisprudencial, la comprensión de que los antecedentes delictivos (entendidos como condenas anteriores pasadas en autoridad de cosa juzgada) y la conducta social (entendida como la existencia de procesos en curso para la investigación de un hecho ilícito), aunque no sean los únicos, son los elementos argumentativos pasibles de ser invocados para justificar la disposición de una medida de internación provisoria de un adolescente.⁸³ Asimismo, es visible la tendencia de que

y, luego, Salas de Derecho Público, 1ª y 2ª, y TJ/RS (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul), Cámara Civil, 7ª y 8ª.

⁸³ **Se incluye el número de la Acordada, Hábeas Corpus o Apelación seguido de la fecha en que fue pasado con autoridad de cosa juzgada. STJ (Supremo Tribunal de Justicia), RHC (Recurso en Hábeas Corpus) 33.536/AL, el 4/04/2013; Hábeas Corpus 294.292/SP, el 7/10/2014; Hábeas Corpus 518.631/SP, el 15/10/2019; Hábeas Corpus 2210722-17.2019.8.26.0000, el 4/11/2019.**

TJSP (Tribunal de Justicia / Estado de São Paulo); Hábeas Corpus 2218455-34.2019.8.26.0000, el 27/11/2019; Ac 986029, 20160020366794AGI, el 1/12/2016.

los antecedentes delictivos o la conducta social, cuando van unidos a la aludida medida cautelar, sean, también, invocados en el caso de posterior condena, para justificar la disposición de la medida privativa de libertad sancionatoria, no pocas veces, inclusive, utilizada de tal forma que permita al juez suprimir cualquier esfuerzo de fundamentación para explicar la disposición de la sanción determinada, como si el cumplimiento de la internación provisoria cautelar justificase, por sí solo, la medida socioeducativa privativa de libertad aplicada.⁸⁴

2.6.4. Estándar 30: Garantías procesales

Censura procesal

Imparcialidad y principio contradictorio

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 12.594/2012, la ejecución de la medida socioeducativa dispuesta pasó a ser tramitada de forma independiente (en autos apartados) con relación a la etapa de configuración de la culpa, con la debida previsión de que los órganos y funcionarios que intervinieren sean independientes con relación al Ministerio Público y a la Defensoría Pública. No se dejó de garantizar, además, que los representantes de la acusación y de la defensa, en la aludida etapa de ejecución, puedan, considerando el principio contradictorio, participar de la determinación y acompañamiento de la ejecución de la medida socioeducativa dispuesta. Esas previsiones, que no son objeto de cuestionamiento en sede jurisprudencial, albergan la orientación del estándar de que no haya contaminación entre los diferentes elementos de información que deben ser valorados en la etapa de conocimiento y en la ejecución, de modo tal de no influenciar a los funcionarios del proceso que intervienen en cada una.

TJ/DF (Tribunal de Justicia/ Distrito Federal), Ac 1184124, 07070319720198070000, el 13/06/2019.

TJ/PA (Tribunal de Justicia/Estado de Pará). Apelación 2013.04103740-33, 117.536, el 18/03/2013; Apelación 2013.04241170-90, 127.441, el 9/12/2013.

TJ/RS (Tribunal de Justicia / Estado de Rio Grande do Sul), Hábeas Corpus 70048261705, el 17/05/2012; Hábeas Corpus 70054403647, el 29/05/2013; Recurso de Apelación 70082367160, el 28/11/2019.

⁸⁴ **STJ (Supremo Tribunal de Justicia)**, Hábeas Corpus 377.704/SP, el 6/12/2016; Hábeas Corpus 479.015/RJ, el 6/12/2018; Apelación 303679-30054025-92.2012.8.17.0001, el 3/09/2013; Apelación 318140-00056510-31.2013.8.17.0001, el 12/03/2014.

3. RESOLUCIÓN DE LOS CASOS

La resolución de los casos contó con la participación de representantes de la Defensa, Acusación y Poder Judicial de Rio Grande do Sul y São Paulo, estados ubicados en las regiones sur y sudeste del Brasil. Se destaca que los entrevistados fueron elegidos en razón de presentar, en algunos casos, trayectorias amplias; en otros, más reducidas, pero, en ambos casos, reconocidas e identificadas como de especialización en la justicia juvenil. No representan, sin embargo, un panorama general en lo que se refiere a la posición de los funcionarios jurídicos del país; por el contrario, en muchos momentos, sus posicionamientos fueron destacados como diferentes de la jurisprudencia imperante en los tribunales. De este modo, los participantes de la investigación fueron identificados y contactados, habiendo sido interiorizados de la metodología de la investigación a realizarse, como así también habiéndoseles entregado con anterioridad el documento “*Estándares para Iberoamérica sobre determinación de sanciones para adolescentes que han cometido delitos*”, y los tres casos a ser analizados en entrevistas individuales, las cuales posteriormente fueron agendadas.

Como fue previsto, por lo tanto, las entrevistas se realizaron por videoconferencia con los 10 juristas. Contaran con una duración de, aproximadamente, 1 hora y 30 minutos cada una.

A continuación, se presenta a los entrevistados y la síntesis de todo el material colectado en las entrevistas, a partir de las respuestas dadas a cada uno de los casos analizados.

DEFENSA DEFENSORIA PÚBLICA

Cláudia Barros (Entrevistado N° 1): Defensora Pública del Estado de Rio Grande do Sul.

Larissa Ferreira Caon (Entrevistado N° 2): Defensora Pública del Estado de Rio Grande do Sul.

Giancarlo Silkunas Vay (Entrevistado N° 3): Defensor Público del Estado de São Paulo.

Ana Cláudia Cifali (Entrevistado N° 4): Abogada con desempeño en Rio Grande do Sul y São Paulo.

ACUSACIÓN | MINISTERIO PÚBLICO

Afonso Armando Konzen (Entrevistado N° 5): Fiscal de Cámara del Poder Judicial jubilado del Ministerio Público de Rio Grande do Sul.

Cleonice Rodrigues Aires (Entrevistado N° 6): Fiscal de 1^{ra}. Instancia del Poder Judicial del Ministerio Público de Rio Grande do Sul.

Luciara Robe da Silva (Entrevistado N° 7): Fiscal de 1^{ra}. Instancia del Poder Judicial del Ministerio Público de Rio Grande do Sul.

PODER JUDICIAL | TRIBUNAL DE JUSTICIA

João Batista Costa Saraiva (Entrevistado N° 8): Juez de 1^{ra}. Instancia jubilado del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul.

Dora Aparecida Martins (Entrevistado N° 9): Camarista del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo.

Dalmir Franklin de Oliveira Júnior (Entrevistado N° 10): Juez de 1^{ra}. Instancia del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul.

3.1. Caso 1: Juan

3.1.1. Pregunta 1.i: Fundamentos de la sentencia

Las respuestas de los defensores convergieron en el sentido de apuntar que el juez debería considerar la gravedad del hecho y la culpabilidad del adolescente, insiriendo, en este último análisis, aspectos concernientes a la estructura familiar y al abandono escolar. Se dejó en claro, sin embargo, que, en Brasil, la circunstancia de mayor peso para la determinación de la sanción aplicable acostumbra a ser los antecedentes penales del adolescente. Además, el hecho de que el adolescente ya posea condena previa y haya perpetrado un nuevo hecho ilícito prueba que las medidas socioeducativas anteriormente aplicadas no surtieron el efecto pedagógico esperado. El entrevistado N° 3 destacó que, a partir del art. 122, II del ECA, la jurisprudencia brasileña amplía de forma indebida la interpretación del elemento normativo “infracción grave”, en la medida en que considera como “grave” todo hecho ilícito al que correspondería pena de reclusión si fuere perpetrado por un adulto. Ello incluye, por ejemplo, el hecho ilícito equiparado al hurto.

Los fiscales de primera instancia también consideran que la reincidencia en hechos ilícitos sería una de las principales circunstancias tomadas en consideración para la disposición de las medidas socioeducativas. El entrevistado N° 6 resaltó que la existencia de prontuario delictivo sería el principal fundamento en la elección de medida privativa de libertad. La adopción de tal criterio está asociado a la concepción de que la intervención socioeducativa debe ser capaz de acabar con la reincidencia de la conducta al llegar a la vida adulta. Además del criterio de reincidencia, los entrevis-

tados enumeraron, inclusive, la comisión de hechos ilícitos con violencia y grave amenaza (entrevistado N° 7) y la gravedad del delito perpetrado (entrevistados N°s. 5 y 6).

Los entrevistados N°s. 5 y 6 destacaron que buena parte de las sentencias no distinguen entre reincidencia técnica y reiteración de un hecho delictivo. En ese aspecto, el informante identificado con el N° 5 esclareció que el concepto de reincidencia es divergente en la jurisprudencia y en la doctrina. La primera corriente considera que el simple hecho de que el adolescente vuelva a perpetrar un ilícito, en algunos casos, se considera reincidencia. La segunda corriente sostiene que la reincidencia presupone la condena del adolescente por la comisión de un hecho ilícito. Finalmente, la tercera corriente, de naturaleza garantista, comprende que solamente si el adolescente ya tuviere otras dos condenas anteriores, pasadas en autoridad de cosa juzgada, podría ser considerado reincidente.

Los representantes del poder judicial afirmaron que los tribunales tendían a considerar el criterio de los antecedentes delictivos de forma preponderante con relación a los restantes criterios, lo que redundaría en la disposición de la medida socioeducativa de internación. Los tres afirmaron, sin embargo, que esa tendencia no se corresponde con sus interpretaciones personales, en la medida en que la valoración debería restringirse al análisis de las circunstancias del hecho y de la culpabilidad individual del adolescente, incluyendo en esa última evaluación el análisis de los factores personales, sociales y familiares que pudieron contribuir para que se produjese el incumplimiento de las medidas socioeducativas anteriormente dispuestas.

Solamente el entrevistado N° 10 aclaró que, sin perjuicio de la valoración de esas últimas circunstancias, la gravedad del hecho debería ser el factor preponderante para la determinación de la sanción aplicable, de modo tal que, en caso de que se tratase de un hecho de reducida gravedad, se debería, sobre todo, considerar el déficit estructural de las unidades de cumplimiento en Brasil, evitándose la aplicación de medidas privativas de la libertad, aun en contexto de reincidencia. Los entrevistados N°s. 8 y 9, por su lado, expresaron que, eventualmente, frente a un caso de reincidencia, las circunstancias personales pueden ser preponderantes sobre la gravedad del hecho, recomendando evitar la disposición de medida privativa de libertad, aun en el caso de comisión de hecho de naturaleza grave.

3.1.2. Pregunta 1.ii: Circunstancias personales

Los defensores refieren que las circunstancias personales deberían ser valoradas de forma asociada al grado de reprochabilidad de la conducta (culpabilidad individual). El entrevistado N° 1 expresó que la reincidencia, muchas de las veces, como en el caso de Juan, está asociada a un contexto de vulnerabilidad social y familiar, de modo que tal circunstancia debería servir de alerta para que se dispare la intervención de la red de protección para enfrentar las vulnerabilidades. El entrevistado N° 4 consideró que, en tal análisis, el contexto de abandono escolar se convertiría en un factor preponderante. Los entrevistados N°s. 2 y 3, por su lado, aclararon que, en Brasil, como regla, las circunstancias personales que implican vulnerabilidad acaban justificando la disposición de sanciones de mayor gravedad, en la medida en que se les atribuye la potencialidad de servir como instrumento de protección o enfrentamiento del riesgo social. En ese caso, considerando la interpretación que la jurisprudencia brasileña hace del art. 122, II, del ECA, los tribunales no dejarían, en el caso analizado, de aplicar medidas de internación.

Los fiscales de primera instancia entienden que prevalece en la jurisprudencia una minoría con la concepción de que las circunstancias personales desfavorables justificarían la aplicación de medidas socioeducativas de mayor gravedad. El entrevistado N° 5 concuerda con los informantes N°s. 2 y 3, refiriendo que los tribunales frecuentemente justifican la sanción de mayor gravedad en razón de la presencia de circunstancias personales desfavorables. El entrevistado N° 6 sostiene que las condiciones personales tienen menor relevancia en el TJ/RS (Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul) con relación al resto de Brasil, resaltando que, eventualmente, es considerada la dependencia química de la drogadicción. Destaca, inclusive, que la baja escolarización, la desorganización familiar y la insuficiencia económica están presentes en la mayoría de los casos y que, por ello, no serían consideradas un diferencial en la evaluación.

El entrevistado N° 7 esclarece que el art. 112 §1° del ECA establece que la disposición de la medida socioeducativa debe considerar la capacidad del adolescente de cumplir la sanción. En este caso, el informante considera que Juan no tendría capacidad de cumplir la medida por estar inserto en un contexto de vulnerabilidad, marcado por el abandono escolar y la ausencia de apoyo familiar, entre otras circunstancias.

En lo que condice a los jueces, los entrevistados N°s. 8 y 9 afirmaron que las circunstancias personales del adolescente, en especial el contexto

de abandono escolar y vulnerabilidad familiar y socioeconómica, no solo deberían ser preponderantes para dar lugar a la disponibilidad de la medida no privativa de libertad, sino también, en una etapa posterior, deberían ser tenidas en consideración para la elaboración del Plan Individual de Atención. De tal modo, la ejecución de la sanción sería direccionada para la atenuación del contexto de vulnerabilidad de Juan. En el caso del entrevistado N° 10, este destacó que habría posibilidad de instaurar una acción de naturaleza civil tendiente a la aplicación de medidas de protección en favor del adolescente.

3.1.3. Pregunta 1.iii: Baja gravedad del delito

Los defensores afirmaron que la interpretación que los tribunales hacen del art. 122 del ECA admite la posibilidad de internación por hecho equiparado a hurto, en caso de reincidencia. Las entrevistadas Ns. ° 1 y 2 especificaron sus opiniones personales en el sentido de que la reducida gravedad de la conducta, asociada a la ausencia de culpabilidad acentuada, justificaría la no aplicación de medidas privativas de la libertad.

Los fiscales de primera instancia refirieron que la ley brasileña veda, *a priori*, que el tipo penal grave sea susceptible de pena privativa de libertad, de modo que, no habiendo reincidencia, sería posible la aplicación de la medida socioeducativa no privativa de la libertad. El entrevistado N° 5 reitera que la jurisprudencia considera que el hecho ilícito grave es aquel que está sujeto a la pena de reclusión en el régimen adulto. Por tal motivo, no sería posible, siquiera, considerar el delito cometido por Juan como de baja gravedad. Los entrevistados N°s. 6 y 7 dejan esclarecido, de manera diversa, que el hecho perpetrado no podría ser considerado grave, toda vez que fue cometido sin violencia. Sin embargo, en razón de la reincidencia y de la incapacidad de cumplimiento, resultaría de aplicación la medida socioeducativa privativa de libertad.

También, dejando a salvo su posición personal, los jueces reconocieron que el sistema legal brasileño admite, en virtud de lo expresado en el inciso III del art. 122 del ECA y habiendo antecedentes de falta de cumplimiento de medidas anteriores, la posibilidad de disposición de medida de internación, aun en la hipótesis de comisión de delito de poca gravedad. El entrevistado N° 8 reconoce que hay situaciones en las que el juez puede considerar, frente a un contexto de falta de cumplimiento de medidas anteriores, que no existe más margen para adecuar el plan a la situación

personal del adolescente, de modo tal que no restaría otra alternativa más que la aplicación de la medida de internación.

3.1.4. Pregunta 1.iv: Aplicación de los estándares en la ley brasileña

Los defensores puntualizan como laguna la ausencia de previsión normativa en cuanto a criterios objetivos que orienten al juez en la determinación de la medida socioeducativa aplicable, lo que, además de conferir una excesiva discrecionalidad al juicio, dificultaría el control jurisdiccional de la sentencia. Se destacó, asimismo, que es justamente como consecuencia de esa laguna normativa que, jurisprudencialmente, se procede al rescate indebido de institutos e interpretaciones que son propios de una doctrina de corte minoritaria. El entrevistado N° 2 trazó un paralelo entre la primera etapa de aplicación de la pena a los imputables prevista en el art. 59 del Código Penal –en la cual hay una previsión de criterios específicos que deben ser analizados por el juez para valorar las circunstancias judiciales– y la ausencia de cualquier criterio orientador en el ECA, dejando a salvo las circunstancias que dieron lugar a la aplicación de la medida de internación.

La existencia de lagunas en la legislación también es reconocida por los entrevistados N°s. 5 y 6, que representan al Ministerio Público. Destacan la existencia de este vacío en la legislación brasileña al considerar que los criterios de individualización de la sanción penal juvenil son previstos de forma superficial, permitiendo la discrecionalidad en la intervención del Poder Judicial. Así, como los criterios de evaluación no son especificados en la legislación, las condiciones personales muchas veces militan en contra del adolescente. Refieren, en tal sentido, que “deberíamos trabajar en la adolescencia el derecho penal de facto, no el derecho penal del autor”. Diversamente, el entrevistado N° 7 expresa no percibir la existencia de forma alguna de laguna legal, pues entiende que los criterios estarían suficientemente previstos en el art. 112 §1° del Estatuto.

Los entrevistados N°s. 8 y 10 se manifestaron en tal sentido. El entrevistado N° 8 enfatizó la indeterminación de elementos como “infracción grave” o “reincidencia”, que abre margen para que, en el campo jurisprudencial, se afirmen principios contaminados de la cultura minoritaria, de corte supuestamente protectora, y, por tanto, disociados de la doctrina de la protección integral de los derechos y garantías del adolescente. El entrevistado N° 10 destacó el hecho de que el legislador no prevé sanciones específicas para cada tipo de ilícito, careciéndose, así, de criterios objetivos para la realización de un juicio que mantenga una equidad entre la gravedad

del hecho ilícito y la naturaleza de la sanción. El entrevistado N° 9, por su lado, expone que la principal laguna normativa que se observa en Brasil es de cuño estructural; es decir, desde el punto de vista subjetivo, los jueces no manejan de forma adecuada las herramientas que el sistema facilita para la recuperación social del adolescente, y desde el punto de vista objetivo, aun cuando se intenta hacer uso de las herramientas adecuadas, la falta de estructura física suficiente en las unidades de ejecución o del cuerpo técnico limita la implementación de los programas pensados.

3.1.5. Pregunta 2: Aplicación de nueva sanción no privativa de libertad

En el caso de sobrevenir una sanción no privativa de libertad, los defensores estuvieron contestes en puntualizar la posibilidad de unificación de la nueva medida con aquella que se hallaba en curso de ejecución. Las entrevistadas N°s. 1 y 2 incluso enfatizaron que el plan de acompañamiento de la medida unificada debería ser adaptado para que se intervenga en la atenuación de las causas de vulnerabilidad social y familiar de Juan, uno de los principales factores determinantes de su reincidencia delictiva. En lo que se refiere a las lagunas legales, las entrevistadas N°s. 1 y 4 afirmaron que, desde el punto de vista normativo, la Ley del SINASE contempla la posibilidad de revisión o extinción de la medida en todo momento, así como la adaptación de la medida en caso de sobrevenir una nueva condena. Solamente el entrevistado N° 1 dejó a salvo que, en la práctica, frecuentemente la orientación punitiva prevalece sobre el objetivo de inserción social, especialmente en caso de sobrevenir la aplicación de medidas privativas de libertad.

Los fiscales de primera instancia hicieron diferentes reservas respecto de ese punto. El entrevistado N° 5 expresa que, por la ley de ejecución (Ley N° 12.594/12), sería posible la unificación de la medida, quedando a cargo del juez de ejecución elegir la mejor providencia frente al caso concreto. El entrevistado N° 6 entendió que el tribunal mantendría o agravaría la intervención, posiblemente acumulando la medida, con cumplimiento en un medio abierto con medidas de protección, respetándose el plazo legal máximo de la Ley N° 12.594/2012. El entrevistado N° 7, finalmente, refirió que habría unificación de las medidas, en el caso de aplicación de otra medida de libertad asistida, sumando el tiempo de cada sentencia; disponiéndose medidas de prestación de servicio a la comunidad, el adolescente tendría que cumplir las dos medidas al mismo tiempo.

En igual contexto, también afirmaron los jueces que la medida debería tener su plan de acompañamiento individual adaptado, de modo tal que se pueda enfrentar las causas en contexto de no cumplimiento de las sanciones anteriormente aplicadas. El entrevistado N° 9 enfatizó la posibilidad de utilizar la red de protección para tener el enfoque más comprensivo posible para el abordaje del caso. El entrevistado N° 10 afirmó la posibilidad de designar audiencia de justificación, con el propósito específico de entender, por medio de la declaración del equipo técnico y del propio adolescente, las causas de la falta de cumplimiento de las medidas anteriormente aplicadas, de modo tal de orientar adecuadamente los rumbos de la ejecución.

3.2. Caso 2: Pedro

3.2.1. Pregunta 1.i: Comunicación con el Sistema de Protección de los Niños

Los defensores apuntaron que no sería adecuada la valoración o el conocimiento de las informaciones pertinentes al incidente anterior, considerando el carácter estricto de protección del proceso de instrucción. De ese modo, si tales informaciones fuesen adjuntadas al expediente, se contribuiría mucho para que el juez formase su convicción en relación tanto a la voluntad del adolescente de alcanzar el resultado como para acentuar su grado de culpabilidad, lo que se muestra como inadmisibile.

Los fiscales de primera instancia no concuerdan con relación al punto. El entrevistado N° 5 refiere que no existe norma en Brasil que vede expresamente que hechos anteriores a la edad penal juvenil sean tomados en consideración en el proceso de juzgamiento; mientras tanto, considera que, probablemente, serían observados para evaluar la peligrosidad del adolescente. El entrevistado N° 6 afirma que la comunicación en el proceso ocurriría aún más tratándose de un hecho ilícito grave que nos habla de la estructura psíquica del adolescente. El entrevistado N° 7, por otro lado, refiere que no existe vinculación entre los dos sistemas, de modo que las informaciones no serían comunicadas al Poder Judicial.

Ninguno de los representantes del grupo de los jueces entrevistados consideró un obstáculo adjuntar al expediente penal cualquier elemento de información extraído de la acción de protección anterior. En ese sentido, el entrevistado N° 8 enfatizó que la “historia de vida anterior del adolescente no puede ser ignorada”. Todos, sin embargo, dejaron a salvo que la evaluación psicológica generada en el proceso de protección jamás podría ser invocada como criterio determinante de la autoría o culpabilidad del

adolescente, sin perjuicio de su eventual valoración para la determinación de la sanción aplicable y, eventualmente, en una etapa posterior, para direccionar la ejecución de la medida.

3.2.2. Pregunta 1.ii: Aplicación de los estándares en la ley brasileña

En lo que respecta a las consabidas lagunas del derecho y con relación a los estándares 29 y 30 a, afirmaron los defensores que la ley brasileña prevé, incluso, la tramitación independiente de los expedientes para la disposición de medidas de protección en investigaciones de hechos ilícitos, al igual que la separación entre las etapas de disposición y de ejecución de las medidas socioeducativas. Se esclareció, sin embargo, que no hay disposiciones expresas que sean óbice al aprovechamiento, en la última etapa, de eventuales elementos de información producidos durante la primera, de modo tal que episodios de contaminación pueden ser relativamente comunes.

Los representantes del Ministerio Público reconocen la existencia de una laguna legal con relación a los estándares 29 y 30 a, de modo que no existe norma que vede que las informaciones sobre Pedro influyan en el tenor de la sentencia, especialmente si estuvieren de modo expreso en el dictamen psicológico, de conformidad con lo destacado por el entrevistado N° 5. El entrevistado N° 6 refirió que las informaciones tendrían influencia en la determinación del grado de culpabilidad del adolescente. El entrevistado N° 7, por otro lado, entendió que se trata de sistemas distintos, de modo que no habría comunicación posible.

Los representantes del grupo de los jueces puntualizaron como laguna normativa la ausencia de criterios legales en cuanto a la posibilidad de aprovechamiento de los elementos de información general no producidos en los autos del proceso. El entrevistado N° 9 destacó, incluso, la ausencia de regulación legal para los casos en que el adolescente sea diagnosticado con enfermedad mental/psíquica y sobre la repercusión de ese diagnóstico en los desdoblamientos del proceso para la investigación del hecho ilícito.

3.2.3. Pregunta 2.i: Acompañamiento en la evaluación psicológica

En lo que respecta a los defensores, los entrevistados N°s. 1, 2 y 4 afirmaron que el adolescente debería comparecer acompañado de defensor a la evaluación psicológica, dejando a salvo, sin embargo, que ello no ocurre en la práctica. El entrevistado N° 3 afirma que no existe previsión legal sobre el tema, resaltando, no obstante, el principio jurisprudencial según el cual, por interpretación de la Resolución del Consejo Federal de Psicología

que tiene en miras la preservación de la privacidad de los psicólogos, tal acompañamiento no sería posible. Las respuestas de los defensores se mostraron convergentes al referir que no sería adecuado para el psicólogo que realizó la evaluación en el proceso penal hacer mención directa del episodio anterior de violencia. El entrevistado N° 1 señaló, sin embargo, que no ve impedimento alguno a la posibilidad del psicólogo de analizar, inclusive, la salud mental del *sub examine* si fuere el caso, haciendo mención a la eventual tendencia de comportamiento con rasgos de alguna psicopatía.

Los fiscales de Cámara del Poder Judicial consideran la imposibilidad de acompañamiento del adolescente por el defensor público durante la evaluación psicológica, ya que se trata de un acto técnico realizado exclusivamente con el adolescente. Los entrevistados N°s. 5 y 6 refirieron que no existe regla que lo prohíba o permita; sin embargo, en la práctica forense la elaboración de los dictámenes técnicos debería permanecer bajo secreto de justicia, mediante testimonio protegido. La defensa se reservaría, no obstante, el derecho eventual de impugnar el dictamen.

Los entrevistados N°s. 8 y 9 afirmaron que, en ninguna etapa del proceso penal, el adolescente podría estar sin la presencia de defensor, lo que se aplicaría en la etapa de evaluación psicológica. El entrevistado N° 8 resalta que se aplican las reglas que regulan la realización de pericias en las acciones judiciales en general, de modo tal que sería posible, inclusive, la indicación de asistente técnico y la formulación previa de requisitos. El entrevistado N° 10, divergiendo, afirmó que la entrevista psicológica debería ser realizada solamente en la presencia del adolescente y sus familiares, sin perjuicio de la posibilidad de la defensa impugnar, posteriormente, en los autos del proceso, el tenor del informe de evaluación.

3.2.4. Pregunta 2.i: Informe psicológico

Los defensores entienden que, en la evaluación pertinente al proceso penal, el psicólogo no debería concluir livianamente sobre los hechos pertinentes al incidente anterior. Establecida esa premisa, podría hacer cualquier otra evaluación de cuño psicológico, siempre que explicase los fundamentos que dieron lugar a su conclusión, a fin de viabilizar el control jurisdiccional del caso.

Los fiscales de Cámara del Poder Judicial, por otro lado, entienden en sentido divergente. Los entrevistados N°s. 6 y 7 expresan que se trata de un deber legal del psicólogo del proceso, en su condición de auxiliar técnico del Poder Judicial, prestar la información necesaria para abonar la sentencia

del juez. El entrevistado N° 5 refiere que no existe norma que regule el tema; sin embargo, analiza que, probablemente, el psicólogo pueda sentir recelo de correr un riesgo de naturaleza funcional y sentirse obligado a registrar lo ocurrido.

Los jueces entrevistados no ven impedimento para que el psicólogo del proceso puntualizase, eventualmente, que el accionar del adolescente hubiese sido frío y con premeditación. Enfatizan, sin embargo, que el juez no podrá valerse de la evaluación psicológica para determinar la autoría y la culpabilidad del hecho delictivo perpetrado.

3.2.5. Pregunta 2.iv: Aplicación de los estándares en la ley brasileña

El entrevistado N° 2 puntualizó la existencia de un estándar indebido de las evaluaciones psicológicas, comprometiendo todo ideal de individualización de la conducción del proceso penal. El entrevistado N° 4 vio cierto desmedro en la imparcialidad de determinados técnicos evaluadores en caso de estar vinculados al tribunal autor de la sentencia. El entrevistado N° 8 expuso la falta de regulación legal del procedimiento de evaluación psicológica en el proceso de instrucción, lo que, en la práctica, se traduce en la no participación de la defensa en el contradictorio para la colecta de la prueba. En el caso del entrevistado N° 9, este vio un contexto de carencia estructural, a nivel pragmático, de la evaluación psicológica, que no se realiza o que, cuando sí se lleva a cabo, se hace de modo superficial. Esa opinión es compartida por el entrevistado N° 10, según el cual los datos pertinentes acaban no siendo valorados por el juez en la determinación de la sanción aplicable. Por otro lado, los entrevistados N°s. 6 y 7, miembros del Ministerio Público, dijeron que los dictámenes son imparciales, justamente por ser producidos por auxiliares técnicos de la justicia. Pusieron de relevancia, en ese caso, que la prueba no se produce por iniciativa de la defensa o de la acusación del adolescente, pero sí con el fin de orientar la sentencia en el juicio.

3.2.6. Pregunta 3.i: Fundamentos de la sentencia

Los defensores afirmaron que la culpabilidad individual debe ser valorada en conjunto con la gravedad de la conducta. En el caso analizado, la culpabilidad se reduce (por causa de la falta de antecedentes, condiciones personales desfavorables y el intenso sufrimiento a que pudiere haber sido sometido el adolescente), de modo que existe la posibilidad de que no haya lugar a la disposición de medida privativa de libertad. El entrevistado N° 2

dejó a salvo que la estructura familiar del adolescente y la perspectiva de tratamiento psicológico deben ser preponderantes con relación a la gravedad del hecho, viabilizando la disposición de una medida no privativa de la libertad. Uno de los entrevistados trazó un paralelo con el primer caso estudiado, puntualizando que, en aquella ocasión, la vulnerabilidad contribuyó para la disposición de sanción de mayor gravedad; ya en el caso de Pedro, por otro lado, el contexto de menor vulnerabilidad determina la disposición de una sanción de menor gravedad. Los representantes del Ministerio Público y del Poder Judicial adujeron que la reducida culpabilidad del adolescente debería ser invocada para justificar la disposición de una medida de menor gravedad que la internación, direccionando la ejecución hacia el acompañamiento psicológico del adolescente.

3.2.7. Pregunta 3.ii: Naturaleza del hecho delictivo

Los defensores afirmaron que la naturaleza del hecho delictivo no es por sí sola determinante de la medida sancionatoria aplicable. En ese contexto, dependiendo de las demás circunstancias pertinentes, aun si se tratare de dolo eventual directo, habría posibilidad de disponer una sanción no privativa de la libertad. Los fiscales de primera instancia y los jueces concordaron con que el simple hecho de tratarse de homicidio doloso no obstaría a la disposición de una medida diversa de la internación, debiendo la graduación de la culpabilidad ser sopesada con las circunstancias personales pertinentes. Los entrevistados N°s. 5 y 6 exponen que es posible establecer un diálogo con el derecho penal adulto, considerando las circunstancias atenuantes, tales como la provocación injusta de la víctima y el estado de descontrol emocional de Pedro. El entrevistado N° 10 solo dejó a salvo que, sin perjuicio de la valoración de las circunstancias personales pertinentes y del dolo eventual directo, debería conducirse para una respuesta sancionatoria de mayor gravedad en comparación al dolo eventual y a la culpa en sentido estricto.

3.2.8. Pregunta 3.iii: Aplicación de los estándares en la ley brasileña

Los defensores reconocen la existencia de una laguna legal en cuanto a los criterios para determinar la sanción, lo que posibilita no solamente la valoración de elementos no solo vinculados a la gravedad del hecho y a la culpabilidad de la conducta, sino también una yuxtaposición con las circunstancias personales del adolescente. El entrevistado N° 2 puntualizó la conveniencia de que hubiese, por ejemplo, una previsión taxativa de

circunstancias atenuantes que, en alguna medida, justificasen la disposición prioritaria de alguna medida sancionatoria en detrimento de otra. El entrevistado N° 3, por su parte, expone que la ausencia de objetividad en cuanto a los criterios normativos que orientan la valoración de las circunstancias personales del adolescente solo acentúa el carácter clasista de la justicia penal juvenil brasileña, en la medida en que el origen de un núcleo familiar estructurado desde el punto de vista socioeconómico acostumbra a ser, en la práctica, un factor de preponderancia para el debilitamiento de la sanción aplicada. El entrevistado N° 6 (Ministerio Público) se manifiesta en el mismo sentido.

Los fiscales de primera Instancia y los jueces concuerdan en que existe una laguna normativa en la delimitación de los criterios que podrían ser valorados por el juez para la determinación de la sanción aplicable, lo que genera la posibilidad de que, en el campo jurisprudencial, haya una sobrevaloración de los antecedentes penales sobre las circunstancias personales eventualmente favorables al adolescente. El entrevistado N° 5 destaca que la interpretación del art. 113, combinado con el art. 100 del Estatuto, posibilita la consideración de criterios subjetivos que, en virtud de la aplicación de la doctrina de la protección integral, deberían valorarse en beneficio del adolescente; sin embargo, todavía prevalece en la jurisprudencia el paradigma originario del Código de Menores, que confiere a la medida socioeducativa –e incluso, a la internación– la naturaleza de intervención para la protección del menor.

3.3. Caso 3: *Silvia*

3.3.1. *Pregunta 1: Fundamentos de la sentencia*

Los entrevistados entienden que el juez de ejecución debería considerar el desempeño de la adolescente en relación con las condiciones previstas en el plan individual de atención, demostrada a partir de la evaluación positiva del informe técnico.⁸⁵ Algunos de los jueces entrevistados criticaron la tendencia señalada. El entrevistado N° 10 resalta que el cumplimiento de las metas del Plan de Atención no debe ser el único factor considerado,

⁸⁵ El entrevistado N° 8 (Poder Judicial) destaca la relevancia de la aplicación del principio de la actualidad, comprendiendo que se muestra más importante para la reinserción social del adolescente comparar su comportamiento en la actualidad, en detrimento de su posible prontuario.

atribuyendo relevancia al tiempo de ejecución de la medida, que debe guardar proporcionalidad con la gravedad del hecho perpetrado. Los defensores públicos, por otro lado, consideran que la sentencia no debe, en caso alguno, fundamentarse en la gravedad del hecho, en los antecedentes delictivos o en el limitado tiempo de ejecución de la sentencia, aunque, en la práctica, sea recurrente la utilización de esos criterios para obstaculizar el paso a una medida de menor gravedad.⁸⁶

En lo que se refiere a la situación de embarazo de la adolescente, el entrevistado N° 3 (Defensoría Pública) expresó que no existe en la legislación una previsión expresa acerca de la posibilidad de sustitución de la medida por otra de menor gravedad. Se dejó a salvo, sin embargo, que la sustitución, además de basarse en la Convención de Bangkok, encontraría respaldo en la previsión normativa de que la medida debe ser ejecutada de conformidad con la posibilidad del adolescente de cumplirla (art. 112, §1°, del Estatuto). El entrevistado N° 6 (Ministerio Público) entiende que el embarazo sería una de las primeras situaciones a enfrentar para que fuere determinada la sustitución de dicha medida por otra no privativa de libertad o, en su defecto, para que fuere aplicada una medida de protección. El entrevistado N° 5 (Ministerio Público) refiere que la jurisprudencia considera que el embarazo, por sí solo, no implicaría una modificación del cumplimiento de la medida.

3.3.2. *Pregunta 2: Tiempo pasado desde el cumplimiento de la sanción*

Los defensores enfatizan la existencia de previsión expresa de que la medida pueda ser extinguida o modificada en todo momento, aunque en la práctica se observa una periodicidad mínima y uniforme para hechos ilícitos de igual naturaleza. Los entrevistados critican la aludida tendencia, tanto por contrariar directamente el sistema normativo como por el hecho de que

⁸⁶ En ese sentido, el entrevistado N° 2 planteó el ejemplo de los programas de ejecución de medidas privativas de libertad en las unidades de custodia de Porto Alegre, donde el juez acostumbra a valorar: (a) eventuales incidentes negativos habidos en el curso de la ejecución, (b) gravedad del hecho y (c) tiempo de ejecución ya transcurrido. Con relación al último elemento, destaca que, a los fines de la “progresión”, se exige en la práctica institucional un tiempo mínimo de ejecución, que es propio para cada hecho ilícito. Ese *modus operandi*, aunque sin previsión legal expresa, es incentivado por la administración de las unidades de custodia, como una forma de aumentar la previsibilidad de la progresión y, así, desalentar los ánimos internos de los adolescentes, previniendo conflictos.

la normativa estándar comprometa la individualización de la sanción que, por esencia, debería marcar a la etapa de ejecución. Los entrevistados N°s. 8 y 9 (Poder Judicial) concuerdan con que, en el sistema brasileño, a pesar de la previsión normativa en sentido diverso en el campo jurisprudencial, el factor tiempo tiene relevancia práctica. Solamente dejaron a salvo que ese factor no puede ser valorado de forma aislada, bajo pena de estandarizar las evaluaciones, lo que comprometería el ideal de individualización de la etapa de ejecución. Sin disentir de esa última premisa, el entrevistado N° 10, sin embargo, destacó la posibilidad de que el factor “tiempo” estuviere inserido, de alguna forma, en el programa previsto para alcanzar las metas estipuladas en el plan de atención.

Los fiscales de primera instancia dejaron a salvo sus diferencias. Los entrevistados N°s. 5 y 7 entienden que el tiempo transcurrido no irá a influenciar la sentencia del juicio, considerando que no existe impedimento legal para que la defensa realice el pedido de nueva evaluación en cualquier momento del proceso. El entrevistado N° 5 dejó esclarecido que la ley establece la necesidad de una nueva evaluación obligatoria de la medida dentro de los seis meses. De este modo, de haber sido realizada en el caso de Silvia, sería el momento del juez para cumplir con el deber legal; por otro lado, si el juez ya hubiese realizado la nueva evaluación, cabría denegar el otorgamiento del pedido de un nuevo plan de la medida. El entrevistado N° 6, por otro lado, entiende que el período de tiempo transcurrido siempre ejerce influencia, considerando el aspecto retributivo de la sanción. Afirma, en ese caso, que cuanto mayor sea el tiempo de cumplimiento de la medida, mayor habrá sido el efecto retributivo sobre el adolescente.

3.3.3. Pregunta 3: Sustitución o alteración de las condiciones de cumplimiento de la medida

Los defensores refieren que la sustitución de la internación por medida no privativa de libertad sería recomendable, tanto sea por el cumplimiento del Plan Individual de Atención (PIA), como por el estado de gravedad de la adolescente. Todos dejaron a salvo, sin embargo, que los tribunales brasileños difícilmente refrendarían tal sustitución, toda vez que no dejan de atribuir preponderancia a la gravedad del hecho perpetrado, a los antecedentes delictivos, al poco tiempo de ejecución de la medida y al hecho de indisciplina practicado en el curso de la ejecución. También concordaron los jueces en afirmar que sería posible y recomendable, por iguales fundamentos, que fuere acogido el pedido de la defensa. Dejaron a salvo,

igualmente, que no sería esa, sin embargo, por iguales factores, la solución adoptada por dichos tribunales.

Los fiscales de primera instancia, por otro lado, realizan diferentes consideraciones con relación al punto. Los entrevistados N°s. 5 y 6 entendieron que la tendencia sería la progresión hacia la medida de internación con actividad externa, frente a la evaluación positiva de las circunstancias personales de la adolescente. El entrevistado N° 5 refirió la posibilidad de progresión para la medida de semilibertad y, posteriormente, la sustitución por la libertad asistida; en ese caso, la evolución también dependería de la evaluación del equipo técnico. El entrevistado N° 6, por otro lado, entendió que sería más probable la sustitución por medida no privativa de libertad.

3.3.4. Pregunta 4: Plan Individual de Atención (PIA)

Todos los entrevistados concordaron que, en el caso de negación del pedido de la defensa, habría necesidad de adecuar el plan de atención. En ese caso, debería direccionarse la ejecución hacia el enfrentamiento interdisciplinario de los factores que acarrear la vulnerabilidad, así como hacia la atención de las necesidades sobrevinientes al estado de gravidez de la adolescente, de modo tal de preservarse su integridad física y psicológica y la del niño por nacer. El entrevistado N° 5 manifestó, inclusive, que la revisión en ese caso sería obligatoria, en el sentido de considerar las nuevas necesidades de la adolescente, en especial la atención a la salud, inclusive la mental. El entrevistado N° 3 dejó a salvo, sin embargo, que el estado de gravidez acarrea la imposición de nuevas obligaciones para la adolescente de someterse a las recomendaciones de salud impuestas por la unidad de atención. En ese caso, el no cumplimiento de esas obligaciones, previstas en el plan de atención, podría acarrear la privación de la convivencia de la madre y el niño, inclusive con riesgo de destruir el núcleo familiar, en razón de su estado de salud mental.

Con respecto a los estándares, los entrevistados entienden que, aunque exista previsión legal en cuanto a la posibilidad de adaptación de la ejecución a las necesidades personales de la adolescente, en la práctica los aspectos valorados por el juez no siempre se corresponden con los objetivos trazados en el plan de acompañamiento. El entrevistado N° 2 destacó la diferencia entre la norma (plano del deber ser) y la realidad concreta (plano del ser), observando que, como regla, no se dispone de la estructura material y personal necesaria para promover la intervención interdisciplinaria que prevé la ley. El entrevistado N° 8 se manifestó en el mismo sentido, viendo como

una laguna legal la excesiva estandarización del acompañamiento realizado por los equipos técnicos, y asociando ese contexto a la falta de estructura física y de personal para la implementación del mismo en los modelos en que fue previsto normativamente.

El entrevistado N° 9 puntualizó como principal laguna del sistema la falta de compromiso de los funcionarios judiciales, entre los cuales se encuentran, principalmente, los jueces, como el “elemento humano” del proceso de ejecución, lo que dificulta la efectividad del ideal de individualización de la sanción. Finalmente, el entrevistado N° 10 planteó que no veía laguna normativa alguna, pero que sí observaba un contexto de poca predisposición de los funcionarios judiciales para comprender que la concepción consagrada en el Estatuto del Niño y del Adolescente y en la Ley del SINASE implica un cambio de paradigma cultural. Como ello no acontece, en regla general, se refleja la tendencia jurisprudencial mayoritaria de no constatar en los institutos previstos por ley los efectos que le son inherentes, pero sí los efectos concordantes con la doctrina minoritaria, que se imponía antes del advenimiento de la Constitución Federal de 1988.

4. CONCLUSIÓN

Dos ejes centrales caracterizan el sistema legal brasileño, diferenciándolo de la mayoría de los sistemas adoptados por los países que constituyen la comunidad iberoamericana: no hay una vinculación directa entre las conductas posibles de configurar la perpetración de hechos ilícitos y las sanciones que les corresponderían, y no hay previsión de plazos determinados para la ejecución de la sanción aplicada. Esas diferencias centrales resaltan en la investigación realizada, configurando, al contrariar los estándares aprobados por el CIDENI, el primer plan deficitario brasileño del cumplimiento de las premisas que orientan los estándares vigentes. Se constató, además, por otro lado, que hay institutos que, aun previstos por el sistema legal brasileño, adaptados formalmente y con el alcance indicado como válido en dichos estándares, no encuentran efectividad en su aplicación pragmática.

También se verificó, en cuanto a la determinación de la sanción socioeducativa aplicable, que la incompatibilidad con los criterios que orientan los estándares es de cuño tanto normativo como jurisprudencial. En efecto, a partir de la apertura normativa concerniente a la posibilidad de disposición de la medida de internación “por reiteración en la comisión de otros ilícitos graves” (BRASIL, 1990, art. 122, II) y de la propia indeterminación del

elemento normativo “infracción grave”, quedó firme la orientación de que, para determinar la sanción aplicable, podrían valorarse circunstancias que trascendieren la gravedad del hecho perpetrado y la culpabilidad individual. De este modo, gran parte de las decisiones consideran negativamente la vida anterior del adolescente, en especial en lo que se refiere a sus antecedentes delictivos y a la reincidencia en hechos ilícitos.

El espectro de regulación proporcionado por el sistema legal brasileño es relativamente satisfactorio, quedando perjudicado, sin embargo, por la ausencia de una descripción mayor en la previsión de determinadas garantías penales y procesales para el adolescente que figura como imputado en un proceso socioeducativo. Tales lagunas normativas acaban contribuyendo a direccionar la práctica jurisdiccional en sentido diverso de lo que sería el respeto a las garantías de los derechos, generalmente por la equivocada comprensión de que la acción socioeducativa también tiene en miras la protección, más que la punición, del adolescente.

Por otro lado, algunas veces, la necesidad del sujeto en condiciones particulares no es considerada, de tal modo de evitar una sanción mayor. En el análisis del último estudio de caso y de la investigación jurisprudencial relacionada se constató con una nitidez mayor esa tendencia. Se pone de relieve, de este modo, el distanciamiento entre el espectro de regulación normativa bajo la óptica de la doctrina de la protección integral, y el plan concreto en el cual la aplicación de los principios y reglas pensados carece de efectividad. Prevalece aún, en la práctica institucional, el paradigma consagrado en el antiguo Código de Mello Mattos de 1927, también conocido como “Código de Menores”, en el cual se preveía que el adolescente tenía una existencia frente al ordenamiento jurídico como objeto de protección, y no como sujeto de derecho. De tal forma, quedaban autorizadas todo tipo de restricciones de derechos, en caso de que fueren verificados indicios de vulnerabilidad social, los cuales eran comprendidos como indicativos de que se estaba frente a un “menor en situación irregular”.

Los funcionarios judiciales involucrados no consideran la literalidad de las disposiciones normativas, dejando de lado la posibilidad de aplicar medidas de recuperación o de realizar una nueva evaluación de la medida antes de que haya transcurrido cierto período de tiempo, cuyo plazo deriva de la construcción jurisprudencial, sin respaldo para ello en la ley. Además, muchas veces los antecedentes delictivos son invocados como factor de justificación para la privación de la libertad por un plazo superior al puntualizado por el informe técnico. Esa tendencia es reflejo de la idea de que

la privación de libertad sería benéfica para el adolescente y la sociedad. El distanciamiento del adolescente del medio social sería necesario para resguardar el orden público, impedir que el joven frecuente ambientes socialmente inadecuados o, incluso, efectivizar derechos por medio de la institucionalización.

Por otro lado, aun cuando los funcionarios judiciales resolvieran conducir la etapa de ejecución en consonancia con el ideal de reinserción social y familiar del adolescente, terminarían tropezando con la insuficiencia del sistema de atención socioeducativo brasileño. En ese escenario, la propia elaboración del plan individual de atención queda comprometida, toda vez que la carencia de recursos humanos de que padece el contexto técnico, asociada a la baja disponibilidad de tiempo para prestar la atención debida, acaba convergiendo en un proceso de estandarización de las evaluaciones, con evidente pérdida de calidad. Asimismo, aun cuando, eventualmente, ese primer obstáculo fuere superado, la ejecución del plan de atención estaría comprometida por la carencia estructural de las unidades de ejecución; todo ello, en última instancia, iría a comprometer el ideal de individualización de la ejecución, principio normativamente asegurado en la ley, pero rara vez efectivizado en la práctica.

Así, lo que se constata es un contexto de distanciamiento entre las directrices que orientan los estándares del CIDENI y la realidad de la práctica jurídica en el país. Esa incompatibilidad, en algunos casos, se refleja en el plano normativo, traducida en determinados dispositivos legales que, escapando a la tendencia general de progreso proporcionado por la Leyes N°s. 8.069/90 y 12.594/12, se encuentran contaminados por la tendencia distorsiva tutelar de la minoría. En los demás casos, sin embargo, la incompatibilidad parece ser de carácter hermenéutico y estructural, imbricada en la instrucción de un proceso que rescata la concepción tutelar y confiere, a pesar de la previsión expresa en la ley, una prevalencia absoluta e injustificada de la privación de libertad en detrimento de otras sanciones socioeducativas, que tienden a la recuperación del menor.

BIBLIOGRAFÍA

BRASIL. **Constitución de la República Federativa del Brasil**. *Brasilia*, 1998. Disponible en: <planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consultado: 16 Jun 2020.

BRASIL. Ley N. ° 8.096, del 13 de julio de 1990. **Dispone sobre el Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA)**. *Brasilia*, 1990. Disponible en: <planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acceder en: 16 Jun 2020.

BRASIL. Ley N. ° 12.594, de 18 de enero de 2012. **Instituye el Sistema Nacional de Atención Socioeducativo (SINASE)**. *Brasilia*, 2012. Disponible en: <planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20institui%20o,a-adolescente%20que%20pratique%20ato%20infracional>. Consultado: 16 Jun 2020.

PRIMER PARTE: DESCRIPCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y
LA PRÁCTICA JUDICIAL

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe se basa fundamentalmente en la revisión de jurisprudencia de los tribunales superiores de Chile (cortes de apelaciones y Corte Suprema) y solo en ciertos aspectos pertinentes se ha hecho referencia a datos cuantitativos. Además, se debe considerar que un número bajo de los casos adjudicados son revisados por dichos tribunales superiores y, por ende, las tensiones o brechas que se identifican pueden ser más o menos extendidas, pero relevantes cualitativamente. Valgan estas prevenciones para precisar que el señalamiento de la existencia de alguna brecha o tensión con los *Estándares* objeto del estudio no tiene pretensiones de generalización, sino más bien de identificación por la vía de casos prácticos de cómo se han presentado tales tensiones o, al menos, indicios de estas.

II. ANTECEDENTES: SÍNTESIS DEL MARCO JURÍDICO

La Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (conocida como “Ley de responsabilidad penal del adolescente”, en adelante LRPA), contiene una normativa *especial*, pero solo *parcialmente autónoma* de las reglas propias de adultos en materia de determinación de las sanciones penales para adolescentes, y una normativa *especial y totalmente autónoma* acerca de la revisión judicial de las condenas aplicadas.

Así, para el caso de la determinación de sanciones penales, básicamente la LRPA prevé una serie de disposiciones en el Párrafo 5° de su Título I (arts. 20 a 26) que hacen improcedente en esta materia recurrir de forma supletoria a las normas para adultos, como lo permite su art. 1° “en lo no previsto por ella”. Sin embargo, en una de esas mismas disposiciones (art. 21) se hace una remisión de primer grado a “las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal [salvo a su art. 69]”, que regulan los efectos en la determinación de la pena de las diversas formas de intervención delictiva, de desarrollo del delito y de la eventual presencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal, ya sea atenuantes o agravantes, disminuyendo o aumentando el marco penal establecido en la ley. Si bien esta forma de regulación conduce a caracterizar el régimen como *parcialmente autónomo*, lo cierto es que, dadas las particularidades del sistema de determinación de penas del Código Penal (en adelante, CP), anclado en un modelo de escalas y grados penales, su operación conjunta con las demás reglas de la LRPA permite que en los casos concretos nunca un adolescente pueda quedar en la misma situación punitiva que un adulto e, incluso, siempre quedará en una situación comparativa de menor severidad de la carga punitiva posible de aplicársele. En este contexto, un problema aparte lo constituyen algunas reglas de la legislación penal chilena señaladas para ciertos delitos que modifican los efectos generales previstos según el *iter criminis* del delito o según las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal presentes en un caso concreto, ya que se ha discutido si tales reglas especiales resultan o no aplicables a los adolescentes.¹

En cuanto a las reglas sobre revisión judicial de condenas, la ley chilena las regula en su Título III “De la ejecución de las sanciones y medidas” (arts. 42 a 55), el cual se subdivide en tres párrafos, a saber: 1° “Administración”, 2° “Derechos y garantías de la ejecución” y 3° “Del control de ejecución de las sanciones”. Sin perjuicio de ello, en otros títulos de la ley hay disposiciones que también tienen relevancia para la ejecución de las penas; paradigmáticamente, su art. 56, que permite –no obliga– el traslado de quienes han cumplido los 18 años a recintos penitenciarios de adultos

¹ Un panorama general y actualizado al respecto puede verse en: Couso, Jaime. Determinación y revisión de sanciones penales de adolescentes en Chile, en: Proporcionalidad de la Sanción Penal de Adolescentes. Estudio comparado y Estándares Comunes para Iberoamérica, Thomson Reuters, Santiago, 2019, pp. 47-73.

para continuar en ellos con el cumplimiento de la pena de internación en régimen cerrado, aunque separados en las llamadas “secciones juveniles”.

Otro cuerpo normativo clave en materia de ejecución de sanciones lo constituye el Reglamento de la LRPA (Decreto N° 1.378, de 13 de diciembre de 2006), que viene a desarrollar la ley en tales asuntos, presentando como defecto la vulneración del principio de reserva legal de la regulación y restricción de los derechos fundamentales de los adolescentes, al establecer, por ejemplo, las faltas, sanciones y procedimientos disciplinarios a los que quedan sujetos durante el cumplimiento de sanciones privativas de libertad o durante los traslados para su comparecencia personal ante un tribunal.

Finalmente, resulta de interés en la interpretación de las relaciones generales entre la LRPA y el CP uno de los casos destacados de la Corte Suprema sobre la justicia penal para adolescentes, pues refuerza el *principio de especialidad* de dicho sistema. El objeto de dicha decisión –solicitada a efectos de uniformar la jurisprudencia– decía relación con si resulta jurídicamente correcto considerar los antecedentes penales de la etapa adolescente de una persona al momento de ser condenado por un nuevo delito ahora como un adulto, en particular a efectos de aplicar o no la circunstancia agravante de responsabilidad criminal de reincidencia. Para resolver la cuestión, la Corte Suprema se preguntó primero cómo se podía conciliar la existencia de un sistema especial que “se eleva como un nuevo conjunto de reglas y principios estructurados y enlazados entre sí por valores, fines y una lógica inspiradora sustancialmente diversa a la que informa el sistema penal de adultos” con la aplicación supletoria del CP y demás leyes penales especiales. La respuesta fue que “necesariamente el precepto extraño en el que se busca auxilio deberá reforzar, servir y vitalizar el sistema de responsabilidad penal adolescente (...), descartando naturalmente toda norma que contraríe no solo su texto, sino también (...) los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes infractores”. Por tal razón, “será un desacierto recurrir mecánica e irreflexivamente a todas las instituciones regladas en el CP y demás leyes especiales, que la Ley N° 20.084 no trata expresamente o cuya aplicación no descarte de manera explícita, pues el intérprete, más aún el judicial, debe también verificar si la materia regulada por el precepto dubitado va a colmar o complementar un área que requiere

integración a la luz de los principios y postulados que rigen el sistema de responsabilidad penal adolescente (...)”.²

III. ANÁLISIS DE BRECHAS SOBRE CIERTOS ASPECTOS DE LOS ESTÁNDARES COMUNES OBJETOS DEL ESTUDIO

A. En relación con los presupuestos del sistema de determinación y revisión judicial de sanciones aplicado por los tribunales en el país y los principios y definiciones generales propuestos por los Estándares Comunes

Como punto de partida en este aspecto del análisis, se sostendrá que en nuestra opinión existe una compatibilidad general entre los presupuestos del sistema de determinación y revisión judicial de sanciones aplicados en el país y los principios y definiciones generales propuestos por los *Estándares*, sin perjuicio de la existencia de tensiones y brechas en ciertos aspectos.

Uno de los puntos donde se presenta una mayor tensión entre los *Estándares* y las prácticas judiciales dice relación con la fundamentación de la determinación concreta de la sanción a aplicar, en particular sobre el art. 24, que es la principal disposición que regula la individualización judicial de la sanción en el caso de los adolescentes.³ La tensión se expresa, por un lado, en la comprensión que hacen algunos tribunales superiores sobre su competencia para controlar errores jurídicos en la aplicación de dicha disposición y, por otro lado, en la mayor o menor fundamentación de los criterios de individualización de la pena desarrollados por los tribunales. Pese a ello, muchas veces la diferencia entre unos y otros motivos resulta difusa de identificar en las decisiones concretas adoptadas por las cortes, ya que muchas veces se superponen entre ellos.

En cuanto a la revisión por los tribunales superiores de la determinación de las penas impuestas, se puede sostener que son más bien reticentes a ello en lo que respecta a la identificación de eventuales errores de derecho en su aplicación. Sobre este punto se debe realizar, sin embargo, una

² SCS rol N° 4419-2013, de 17 de septiembre de 2013, considerando 7°.

³ Dicha afirmación no debe entenderse de ningún modo como excluyente de otros aspectos fundamentales en esta fase de individualización, como es el interés superior del adolescente (art. 2°), la finalidad de las sanciones (art. 20), y el carácter de último recurso y excepcionalidad de la privación de libertad (arts. 26, inc. 1°, y 47).

ulterior distinción: si se trata de errores en la determinación del rango de posibles sanciones a aplicar –identificación del tramo del art. 23⁴– o de la aplicación de una pena no prevista en el mismo,⁵ es más probable que el tribunal superior acoja el recurso respectivo. En cambio, fuera de las hipótesis anteriores, si se discute que la elección de la sanción se efectuó con errores de derecho en la aplicación de los criterios de individualización (art. 24 y principios relacionados), es más escasa la jurisprudencia a nivel de cortes de apelaciones que así lo acepte, aun cuando existen fallos significativos al respecto.

Así, a pocos días de la entrada en vigor de la LRPA, la Corte de Temuco por mayoría acogió un recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho “al no regirse [los sentenciadores del fondo] por los criterios taxativos y cualitativos que se consagran en el art. 24 de la Ley N° 20.084, en especial, de las letras c) y e) de dicha disposición, que se refieren a la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes y la extensión del mal causado con el delito”.⁶ El fallo es particularmente interesante en lo relativo a la letra e) mencionada (“extensión del mal causado con la ejecución del delito”), puesto que “siendo el mal causado de escasa entidad –lesiones leves y sustracción de una baja suma de dinero–, no tuvo una extensión tal que llevara a imponer la aludida sanción privativa de libertad”.⁷

Otro fallo que también considera posible controlar los errores de derecho en materia de individualización de la sanción penal establece que, al tenerse presente el interés superior del adolescente, el carácter excepcional de la privación de libertad y los criterios del art. 24, y especialmente por tratarse de un *primerizo*, “los jueces no pudieron aplicar la más gravosa [de las sanciones] que importa precisamente la privación total de libertad del encausado”, anulando la sentencia y dictando sentencia de reemplazo.⁸

⁴ Así, por ejemplo, SCA de Santiago rol N° 4478-2019, de 1 de octubre de 2019, que anuló y reemplazó la condena impuesta por un error de derecho que llevó a aplicar el art. 23 N° 2, y no el N° 3, de la LRPA.

⁵ Como es el caso de una acción de amparo constitucional acogida por haberse aplicado una pena de internación en régimen cerrado, pese a que el art. 23 N° 3 no prevé tal alternativa. SCS rol N° 5339-09, de 6 de agosto de 2009.

⁶ SCA de Temuco, rol N° 409-2007, de 11 de julio de 2007, considerando 5°.

⁷ *Ibidem*, considerando 7°.

⁸ SCA de San Miguel, rol N° 262-2011, de 30 de marzo de 2011, considerandos 5° y 6°.

Más recientemente, en 2017, la Corte de Concepción acogió un recurso de nulidad por esta causal, indicando que “[e]n la especie ha existido una errónea aplicación de los criterios del art. 24 de la Ley N° 20.084, por cuanto la sanción impuesta –régimen cerrado– se funda exclusivamente en las necesidades de desarrollo personal del sentenciado adolescente –fundamentalmente educativas y terapéuticas–, circunstancias que no pueden ser esgrimidas como fundamento del castigo penal, sino que como su límite; por tanto, al momento de determinar la naturaleza y extensión de la sanción, estos criterios solo pueden servir para morigerarla, teniendo en consideración los demás principios de determinación de la sanción, en particular el de excepcionalidad de la privación de libertad”.⁹

Por su parte, la Corte Suprema ha adoptado una postura más ambivalente en la materia. Así, por ejemplo, señalaba en 2016, a propósito de los distintos criterios que deben considerarse para individualizar la sanción concreta, que “tales preceptos no establecen reglas precisas sino los parámetros de imposición de la sanción, siendo obligatorio, en este contexto, la valoración de estas circunstancias”,¹⁰ cuestión que entiende cumplida desde que el razonamiento de la sentencia expresa la estimación de cada uno de los factores señalados en el art. 24. En otro caso, más reciente, se rechazó un recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho, ya que se estimó que “los sentenciadores de la instancia, para los efectos de la determinación de la pena a imponer al adolescente, hicieron una correcta aplicación de las disposiciones legales la materia”,¹¹ y en otro posterior, en cambio, se retomó y profundizó la concepción según la cual quedarían fuera del ámbito de competencia de los tribunales de casación los criterios de individualización judicial de la pena de adolescentes, pues estos corresponden al “uso de atribuciones de los jueces del grado”, haciendo notar además que “[e]l art. 24 de la Ley N° 20.084 establece ‘criterios’, esto es, ‘juicios o discernimientos’, que debe tener en cuenta el tribunal para determinar la sanción, de manera que la valoración que hagan los sentenciadores de los elementos de juicio a considerar, y que forman parte de sus atribuciones, no puede ser encuadrada –cuando se discrepa de ella– en el concepto normativo de infracción de una norma jurídica, que impone a un

⁹ SCA de Concepción, rol N° 482-2017, de 7 de julio de 2017, considerando 6°.

¹⁰ SCS rol N° 6298-2016, de 23 de junio de 2016, considerando 10°.

¹¹ SCS rol N° 5419-2019, de 10 de abril de 2019, considerando 7°.

tribunal una determinada conducta o decisión, bajo sanción de nulidad”¹² (cursivas en el original).

Distinto es el caso de la falta de motivación de la decisión, aun cuando se aplique un estándar sobre el nivel de argumentación exigido relativamente bajo, pues suele considerarse satisfecho con una referencia genérica a los criterios de individualización, sin entrar a evaluar muchas veces una consideración más sofisticada de ellos. Así, la Corte de Concepción sostuvo que “el art. 24 de la LRPA establece un deber explícito del sentenciador de referirse a todos y cada uno de los criterios que la disposición establece como determinantes, al momento de elegir una sanción de las posibles y decidir sobre la duración de ella. El mencionado deber no puede considerarse satisfecho con una invocación formal de los criterios ahí mencionados y de modo genérico, pues se debe analizar cada uno de ellos, indicando por qué se prescinde de unos y se acogen otros, teniendo siempre presente el mandato del artículo precitado, en su letra f). Es obligación del juez sopesar estos criterios y explicitar en la sentencia de qué manera se les ha aplicado e interpretado, y fundado en los hechos que señalarán”.¹³

Por su parte, la Corte de Santiago fue expresa al señalar en un caso que se había vulnerado el principio de razón suficiente, ya que “la elección de una u otra sanción debe estar lo suficientemente fundamentada, no bastando para ello la repetición de los criterios del art. 24 de la Ley N° 20.084, y la mera constatación de las edades, grado de participación, grado de ejecución, existencia de atenuantes o agravantes u otros criterios esbozados en dicho articulado, sino más bien un adecuado desarrollo argumentativo de por qué se escoge [una determinada sanción en vez de las otras alternativas posibles]”.¹⁴

B. En relación con la proporcionalidad entre la sanción y el delito

En cuanto a poner *mayor énfasis en la culpabilidad y en el desvalor de conducta*, antes que en el resultado, no es común que la jurisprudencia sea explícita en una distinción como esta y la que se ha pesquisado tiende más bien a enfatizar el peso del resultado, incluso aquellos extratípicos, por lo que habría una brecha en este punto. Así, se aproxima a esta temática un

¹² SCS rol N° 11451-2019, de 27 de junio de 2019, considerando 20°.

¹³ SCA de Concepción rol N° 398-2008, de 18 de octubre de 2008, considerando 5°.

¹⁴ SCA de Santiago rol N° 2788-2012, de 23 de marzo de 2012, considerando 4°.

fallo de la Corte de Rancagua que, acogiendo un recurso contra una sentencia que había aplicado el máximo legal de 10 años de privación de libertad para los adolescentes de 16 y 17 años de edad por un delito de robo con homicidio, señala que “[se] ha de considerar especialmente la extensión del mal causado por el delito, el que atiende no solo a la afectación del bien jurídico protegido, que aquí es la vida, sino que también a algunos criterios externos, como son las consecuencias del delito entre las cuales se encuentra el daño producido a sus padres”.¹⁵ La Corte, finalmente, decide imponer la pena de seis años de internación en régimen cerrado “por estimar que dicho periodo permitirá cumplir de manera adecuada los programas de intervención necesarios para la reinserción del joven infractor, lo que se condice además de manera equitativa con el criterio de orientación al hecho exigido por la norma, esto es, el disvalor del injusto penal”.¹⁶

Por otro lado, en lo que se refiere a poner *menos énfasis en consideraciones de seguridad pública* que puedan haber sido tenidas en cuenta por parte del legislador al aprobar ciertas reformas a la ley penal general, encontramos una muestra de tensiones sobre ello en lo que se refiere al “marco rígido”¹⁷ previsto por la modificación al art. 449 CP, regla 1^a, del año 2016, para ciertos delitos contra la propiedad, como los robos y prácticamente todas las figuras de hurto. A nivel de cortes de apelaciones, hay disparidad de criterios en cuanto a si tal reforma debe ser considerada en el caso de adolescentes, puesto que hay fallos, por ejemplo, de la Corte

¹⁵ SCA de Rancagua rol N° 444-2017, de 27 de julio de 2017, sentencia de reemplazo, considerando 5°. La afectación del bien jurídico protegido suele entenderse en la doctrina nacional como un aspecto del criterio de “la gravedad del ilícito” previsto en la letra a) del art. 24 LRPA. Véase, por todos, en: REYES, Mauricio. *Responsabilidad penal adolescente*, DER ediciones, 2019, pp. 110-113.

¹⁶ *Ibidem*, considerando 7°.

¹⁷ Se entiende por “marco rígido” –en lo que interesa a efectos prácticos– aquellas reglas que privan de eficacia a las circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal en cuanto ellas permiten en el régimen general de determinación de penas, según su cantidad y calidad, disminuir el marco penal aplicable al caso concreto (rebajas de grados de penalidad en las escalas penales según el sistema que sigue la legislación nacional, como se ha indicado en la primera parte de este trabajo). Aunque tal marco rígido también impide modificar al alza el marco penal en caso de presencia de circunstancias agravantes, ello suele ser menos habitual en la práctica, a lo que se une que el efecto moderador de las atenuantes es bastante mayor que el efecto agravatorio de las circunstancias de tal carácter.

de Temuco y de la Corte de Santiago, por la negativa¹⁸ y también fallos de esta última por aceptar su aplicación.¹⁹ Lo que subyace a tal discusión es cuán autónomo se entiende el régimen de determinación de la pena de los adolescentes y si las reformas legales realizadas para ciertos delitos lo afectan o no, ya que –como se reseñó *supra*– una cuestión es que la LRPA se remita al CP en lo que se refiere a las reglas generales de aplicación de las penas para hacer operar su propio sistema, y otra distinta es que también se apliquen las reglas especiales de determinación de penas previstas para ciertos delitos.

Por su parte, en cuanto a algunos aspectos de los *Estándares* 11 y 12 que son objeto de este estudio, la LRPA es bastante clara al respecto y, por derivación, ello conlleva a que las prácticas judiciales sean bastante concordantes con lo planteado por ellos. El hecho de que el art. 21 establezca que los marcos penales previstos para cada delito en la legislación general serán siempre rebajados en un grado desde el mínimo de su penalidad, implica que la severidad de la sanción siempre debiera ser inferior a la de los adultos en casos similares.

Por otro lado, la LRPA diferencia entre tramos etarios y fija límites máximos a las sanciones privativas de libertad, diferenciándolas según ellos (*límites absolutos de proporcionalidad cardinal negativa*): 5 años para adolescentes de 14 y 15 años, y 10 años para adolescentes de 16 y 17 años. Sobre estos límites máximos, la jurisprudencia dominante estima que se aplican sin considerar el número de delitos cometidos, esto es, como límites absolutos efectivos a la privación de libertad. Ya en el año 2008 la Corte Suprema estableció que, en un caso de concurso real o material de delitos cuyas penas sumaban un total de 16 años de privación de libertad, se debía, “sobre ese resultado, imponer el límite máximo a la privación de libertad que preceptúa el art. 18 (...). No puede ser de otra forma, más si se tiene en cuenta que los referidos límites son una garantía penal para el

¹⁸ SCA de Temuco rol N° 1160-2016, de 16 de noviembre de 2016; SCA de Santiago rol N° 3518-2017 de 24 de noviembre de 2017; y SCA de Santiago rol N° 811-2018, de 12 de febrero de 2018.

¹⁹ Así, SCA de Santiago rol N° 3985-2016, de 24 de marzo de 2017, y SCA de Santiago rol N° 1074-2017, de 12 de mayo de 2017, por mayoría.

adolescente infractor, no solo en atención a su menor culpabilidad, sino a la necesidad de proteger su desarrollo”.²⁰

El caso más problemático se da con la disposición del art. 23 N° 1 en relación con la *renuncia a reglas de proporcionalidad positiva absoluta respecto de las sanciones privativas de libertad*. Si bien podría darse que, en el caso concreto, el tipo delictivo no implique necesariamente aplicar la pena prevista en dicho numeral, lo cierto es que en delitos con una alta penalidad en la legislación general, aun aplicando las “rebajas” de penalidad del sistema de determinación de adolescentes, el resultado habitual será la aplicación de dicha regla que impone como sanción única la internación en régimen cerrado o, a lo más, una sanción mixta con un mínimo de dos años de tal pena y la diferencia bajo un régimen semicerrado (art. 19). Por cierto, según la interpretación dominante del sentido del art. 22, el art. 23 N° 1 solo sería aplicable a adolescentes de 16 o 17 años.

En cuanto a la *consideración de necesidades especiales de ciertos adolescentes*, hay jurisprudencia aislada que ha considerado algunas variables relacionadas, como género, etnia e inmigración ilegal, pero no parecen ser temáticas lo suficientemente desarrolladas en la práctica. En cuanto a necesidades especiales relativas al género, la Corte de Copiapó rebajó la pena aplicada a una adolescente tomando en cuenta su embarazo de seis meses de gestación²¹ y la Corte de Puerto Montt, a su vez, revocó una sentencia que aplicó una pena de internación en régimen cerrado, puesto que “no existe en esta ciudad establecimiento idóneo para el cumplimiento de la pena en régimen cerrado en el caso de tratarse de personas de sexo femenino”.²²

²⁰ SCS rol N° 2617-2008, de 6 de noviembre de 2008, considerando 10°. El caso concreto era bastante grave, pues se trataba de dos delitos de homicidio calificado y un delito de violación cometidos en calidad de autor por un adolescente de 17 años en un lapso de alrededor de tres meses. En el mismo sentido, pero por vía de acción de amparo constitucional, SCS rol N° 565-2012, de 13 de enero de 2012; SCS rol N° 968-2013, de 12 de febrero de 2013 (en este caso, la acción de amparo se declaró inadmisibile por mayoría, pero enseguida de oficio se redujeron las penas al límite absoluto de 10 años); y, más recientemente, SCS rol N° 28993-2019, de 11 de octubre de 2019. El único fallo de la Corte Suprema que no siguió este criterio corresponde al rol N° 3433-2014, de 12 de febrero de 2014, que escuetamente solo confirmó lo resuelto por la corte de apelaciones respectiva. Lo lamentable de dicho fallo excepcional es que se trataba de un caso sobre el límite máximo de cinco años para adolescente de 14 y 15 años.

²¹ SCA de Copiapó rol N° 113-2010, de 7 de mayo de 2010, considerando 2°, modificando la pena privativa de libertad impuesta por una libertad asistida especial.

²² SCA de Puerto Montt rol N° 238-2010, de 21 de diciembre de 2010, en sus vistos.

Por su parte, en el caso de adolescentes mapuche, hay un fallo de la Corte de Temuco que recoge en su fundamentación, al momento de determinar una sanción menos gravosa en la sentencia de reemplazo, que “existen valores sociales de la cultura mapuche como el honrar a los padres y el respeto a los mayores, además de la importancia de la vida familiar, la valoración del trabajo honesto y otros, lo que puede constituir un soporte para *L.* en el sentido de cambiar, por lo que se visualiza una reinserción favorable (...)”.²³

Sin embargo, un fallo que va en sentido contrario a los *Estándares* que se comentan se refiere a un adolescente extranjero que ingresó ilegalmente al país cumpliendo funciones de *burrero* o *mula* en un delito de tráfico ilícito de estupefacientes, respecto del cual se rechazó la alegación de errónea aplicación del derecho en la individualización de la pena. De acuerdo con la defensa, si hubiese sido chileno, más el hecho de no contar con antecedentes penales y dada su edad, no se le habría aplicado una internación en régimen cerrado, pero la Corte de Antofagasta razonó que no había vicio de nulidad en la sentencia al considerarse “la ausencia de domicilio en el país y a la falta de una red familiar próxima que lo apoye en su reinserción social, lo que lleva a concluir que no obstante carecer de antecedentes criminales pretéritos, cualquiera otra sanción menos restrictiva no contribuye a hacerle más responsable de sus actos futuros y a reinsertarle en la comunidad; (...) pues se refiere a condiciones o circunstancias reales que rodean y fijan el desarrollo de la vida del adolescente *A.L.C.*, lo que no significa considerar su nacionalidad (...), sino únicamente las especiales condiciones que vive en este país, en las cuales no es posible alguna otra modalidad de cumplimiento de la pena (...) y que pudiera ser útil para consumir los propios objetivos que la Ley”.²⁴

Una última dimensión a tratar dice relación con el uso de la internación provisoria y su relación con la sanción definitivamente aplicada (*criterios de imposición del internamiento provisional y su impacto en la práctica sancionatoria*), considerando que para el caso chileno existe una regla en sintonía con los *Estándares*, que señala que “[e]n ningún caso podrá el juez dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con

²³ SCA de Temuco rol N° 1026-2011, de 7 de diciembre de 2011, sentencia de reemplazo, considerando 2°.

²⁴ SCA de Antofagasta rol N° 62-2009, de 13 de abril de 2009, considerando 2°.

la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena” (art. 33). Sobre ello, se dispone de información estadística que revela una alta desproporción entre el uso de dicha medida cautelar y la posterior imposición de una sanción de su misma naturaleza privativa de libertad. Así, durante el primer año de vigencia de la LRPA, un 89,2% de los internos provisorios no fue finalmente condenado a una internación en régimen cerrado y al tercer año se estimaba en un 86% tal relación. En este mismo tercer año, en una comparación más generosa,²⁵ un 65,2% de ellos no había sido condenado a una sanción privativa de libertad en sentido amplio; esto es, incluyendo la internación en régimen semicerrado.²⁶ Ahora bien, un estudio publicado recientemente ratifica esta importante brecha, ya que, como promedio entre los años 2008 y 2018, poco más del 68% de quienes estuvieron sometidos a la medida cautelar de internación provisoria no fueron finalmente condenados a cumplir una sanción privativa de libertad en sentido amplio.²⁷

C. En relación con la proporcionalidad entre la sanción y las circunstancias del adolescente

Antes de referirnos al tema específico de los antecedentes penales, en el caso chileno pareciera que la consideración de *las circunstancias del adolescente* se asocia comúnmente con el criterio de idoneidad de la sanción en su componente relativo a sus necesidades de desarrollo e integración social, como por ejemplo lo señala la Corte de San Miguel al acoger por mayoría un recurso de nulidad: “atendida las características personales del adolescente, no resulta idónea [la sanción de internación] para lograr el objetivo que se pretende, esto es la reinserción social, el que se puede obtener con la medida de libertad asistida especial (...)”.²⁸ Por otro lado, para tener una idea sobre cuáles son las circunstancias que se suelen tener presentes, como se indica en su considerando 1º, la defensa había sostenido que la sanción

²⁵ Toda vez que es más que discutible incluir a los regímenes semicerrados a efectos de evaluar su proporcionalidad con la internación provisoria, dada la parcialidad temporal de la privación de libertad sufrida por el adolescente en tales regímenes comparada con la privación total de libertad de la internación provisoria.

²⁶ BERRÍOS, Gonzalo: “La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas”, *Revista Política Criminal* Vol. 6, N° 11 (junio, 2011), p. 182.

²⁷ Defensoría Penal Pública y UNICEF: Análisis de la implementación de la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, Santiago, 2020, p. 15.

²⁸ SCA de San Miguel rol N° 2100-2017, de 11 de octubre de 2017, considerando 6º.

de internación en régimen cerrado de cinco años impuesta por el delito de homicidio simple consumado vulneraba el interés superior del adolescente si se tiene en consideración que este “había cumplido 16 años (...) solo ocho días antes de la comisión del delito (...), que presenta arraigo social y familiar, tiene domicilio fijo, está inserto en su grupo familiar de origen y tiene adultos responsables. Su conducta anterior es irreprochable, y sus necesidades de reinserción son evidentemente bajas, ya que no sufre de ningún tipo de contacto criminógeno previo y posee factores protectores en el ámbito familiar y personal que permiten pronosticar una correcta adherencia a cualquier forma de intervención en modalidad ambulatoria”.²⁹

Ahora bien, en cuanto al uso de *antecedentes penales previos*, la Corte Suprema ha emitido fallos con criterios diferentes sobre la agravante de responsabilidad criminal de reincidencia. Así, en la causa rol N° 3515-2013 sostuvo que “no existe ninguna contravención a la normativa interna o a los tratados internacionales invocados que excluya del régimen de modificatorias de responsabilidad penal a los adolescentes infractores, lo que aparece refrendado en el art. 24 de la Ley N° 20.084 y por la aplicación supletoria de las normas del CP en esta materia, conforme lo expresa el inciso segundo del artículo 1° de la misma ley”. Luego añade: “[C]omo consecuencia de lo expresado, para la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 12 N° 16 del CP rige plenamente la potestad jurisdiccional que el ordenamiento procesal y penal vigente confiere a los jueces del fondo”.³⁰

Por su parte, en un fallo posterior, rol N° 4419-2013, se señaló que, si bien “el efecto agravatorio de la reincidencia, que radica en una concepción peligrosista del reconvicto, conflictúa en un sistema que confía en las posibilidades de inserción y rehabilitación del joven convicto”,³¹ “lo postulado no asume ni propone que la comisión previa de un delito por un adolescente, no tenga ninguna incidencia o repercusión en la determinación de una eventual sanción posterior, sea que ésta se sufra siendo el autor aún adolescente o ya adulto, pues pese a no configurarse en los particulares supuestos aquí examinados, alguna agravante de reincidencia (...), el autor sí es reconvicto (...) la sanción pretérita no puede sino ser incluida entre los factores que genéricamente recoge la letra f) del art. 24

²⁹ *Ibidem*, considerando 1°. Para sostener lo anterior, la defensa presentó diversos informes en la audiencia de determinación de la pena.

³⁰ SCS rol N° 3515-2013, de 15 de julio de 2013, considerandos 8° y 9°.

³¹ SCS rol N° 4419-2013, de 17 de septiembre de 2013, considerando 8°.

de la Ley N° 20.084 –‘la idoneidad de la sanción (...)’–.³² Según esta segunda concepción, que el adolescente tenga condenas previas no podría llegar a afectar el marco de penas aplicables, pero sí puede ser considerado al momento de individualizarse la sanción concreta a aplicar. Como se verá más adelante, en la práctica este criterio (existencia de condenas previas) suele influir efectivamente en la *gradualidad* con que se aplican las penas previstas en cada tramo del art. 23.

Más allá del modo en que se consideren los antecedentes penales previos, la brecha con el *Estándar* es total, ya que, según este, no deben desempeñar papel alguno en la determinación de la sanción por ser ajenos a la relación de proporcionalidad entre el delito y la pena, junto con representar un dato del pasado, inmodificable, y no sobre las circunstancias actuales del adolescente.

Por último, resulta interesante comentar los resultados de un estudio relativo a los factores que inciden en las decisiones judiciales sobre los adolescentes atinentes a lo tratado. En las conclusiones de dicho estudio, se señala que los antecedentes penales son el elemento que más se asocia a la imposición de una pena privativa de libertad, aumentando la probabilidad en 20% o 40%, dependiendo de la menor o mayor gravedad del delito cometido con anterioridad y sin importar que el actual delito que se sanciona pueda ser de menor gravedad,³³ lo que refuerza la conclusión de que existe una tensión importante en este punto con los *Estándares*.

D. En relación con la imposición de sanciones

En cuanto al *Estándar de prohibición de discriminación negativa del adolescente, en relación con los adultos*, la LRPA establece en su art. 26, inc. 2°, que “[e]n ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza”, lo cual implica que, en cuanto a la clase de sanción, el adolescente nunca debiera quedar en una peor situación que un adulto. En razón de tal disposición, por ejemplo, la Corte de Santiago

³² SCS rol N° 4419-2013, de 17 de septiembre de 2013, considerando 13°.

³³ DROPELMANN, Catalina *et al.* “Estudio sobre los factores que influyen en las decisiones judiciales de la justicia juvenil en Chile”, en: *Propuestas para Chile, Concurso Políticas Públicas 2017*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2018, p. 130. Hay que tener presente que el estudio opera sobre situaciones hipotéticas y no reales, sobre cuyas fortalezas y debilidades dan cuenta sus propios autores en la descripción de la metodología seguida.

anuló una condena a 500 días de internación en régimen semicerrado y la reemplazó por un año de libertad asistida especial, por cuanto, si se hubiese tratado de un adulto, es “perfectamente posible que aspire dicho adulto, a que la pena privativa de libertad, la pueda cumplir con alguna de las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216”, siendo la pena inicialmente aplicada “mucho más gravosa que aquella que hubiera podido corresponderle a un adulto”.³⁴ Ahora bien, la diversidad de interpretaciones sobre el alcance de la disposición, así como el hecho de que las penas sustitutivas de adultos son de imposición facultativa por parte de los jueces, hace difícil valorar su real rendimiento.³⁵ Pese a ello, como se indicó en el acápite sobre el marco jurídico, en el contexto del régimen general de la determinación de sanciones penales para adolescentes es factible concluir que esta prohibición debiera verse satisfecha ampliamente y no constituiría, por tanto, una brecha con los *Estándares*.

En lo que respecta a la *idoneidad y necesidad de la sanción privativa de libertad*, no parece posible hacer un juicio definitivo sobre la existencia de brechas en el punto, más allá de que algún fallo literalmente sostiene concepciones distintas, como la afirmación de que “[e]ste criterio de idoneidad de la sanción obedece más bien a una noción de proporcionalidad amplia entre delito y pena, que incluye consideraciones de necesidad e idoneidad de la intervención”,³⁶ a diferencia del *Estándar*, que lo refiere a la proporcionalidad en sentido estricto. Pero el mismo fallo plantea, sin embargo, que “la primacía de criterios preventivos especiales conlleva el riesgo de imponer una sanción *según quien sea el menor imputado, lo que tenga o no, y no de acuerdo con lo que hizo*”, agregando que los criterios del art. 24 “se explican tanto por necesidad de pena como por *gravedad y merecimiento* (...), considerando las necesidades del adolescente infractor, las que no dejan de lado la gravedad del injusto y la culpabilidad” (cursivas

³⁴ SCA de Santiago rol N° 3774-2019, de 11 de septiembre de 2019, considerandos 4° y 6°.

³⁵ Sobre la prohibición de perjuicio del adolescente en comparación con el adulto, el debate gira en torno a qué ha de entenderse por “el mismo hecho” y a cuándo un adulto “no debiere cumplir” con una pena privativa de libertad. Al respecto, véase COUSO, Jaime: “Límites a la imposición de sanciones privativas de libertad en el art. 26 de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente”, en: *Estudios de Derecho Penal Juvenil I*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009, pp. 210-227.

³⁶ SCA de Puerto Montt rol N° 332-2017, de 31 de julio de 2017, considerando 3°.

en el original),³⁷ lo que se acerca a lo que pretende el *Estándar* al vincular la privación de libertad solo a los casos graves (*gravedad del delito y culpabilidad individual del adolescente*).

Por su parte, pareciera que en general la jurisprudencia acepta lo que alguna corte ha denominado *principio de gradualidad* en la aplicación de las sanciones, de manera tal que se privilegie en los tramos de penalidad que determina la LRPA aquellas sanciones menos gravosas cuando se trata de adolescentes con contacto ocasional con el sistema penal o, incluso, respecto de aquellos que ya lo han tenido, pero en una cantidad o calidad que permite ir aumentando progresivamente la intensidad de la respuesta penal sin alcanzar –todavía– la privación de libertad. En particular, la Corte de San Miguel así lo ha expresado en diversos fallos, entendiendo que las alternativas de penas previstas en los tramos del art. 23 precisamente “implican una gradualidad de las sanciones”.³⁸

Esta idea de gradualidad se asocia por lo general con la mayor o menor capacidad de disuasión individual que pueden haber tenido las anteriores sanciones sobre el adolescente, como se aprecia ejemplarmente en este fallo de la Corte de Antofagasta: la existencia de diversas condenas previas y de otras circunstancias, como la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, e incluso que haya guardado silencio en el juicio,³⁹ “hacen presumir que otra sanción más benigna, no lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos en el futuro, máxime que la aplicación de las sanciones debe ser gradual”.⁴⁰

Por otra parte, como ya se ha ilustrado con ocasión de otros *Estándares*, la tendencia en la jurisprudencia pareciera descartar como criterio justificador –al menos explícito– de las sanciones más gravosas del sistema, como son las privativas de libertad, la referencia a las *cualidades personales y condiciones sociales y familiares de vida del adolescente*, reservando dichas

³⁷ *Ibidem*, considerandos 3º y 4º, respectivamente.

³⁸ SCA de San Miguel rol N° 262-2011, de 30 de marzo de 2011, considerando 6º. También en SCA de San Miguel rol N° 2108-2015, de 18 de diciembre de 2015, considerando 3º, y SCA de San Miguel rol N° 2100-2017, de 11 de octubre de 2017, considerando 8º.

³⁹ Si bien no es objeto de análisis del estudio, hacemos notar lo errada que nos parece esta doctrina, que valora negativamente el ejercicio legítimo de un derecho reconocido a todo acusado de un delito.

⁴⁰ SCA de Antofagasta rol N° 285-2016, de 13 de enero de 2017, sentencia de reemplazo, considerando 1º, por mayoría.

penas para los delitos más graves, para adolescentes con condenas previas –necesitados de una mayor *disuasión*– o para el caso de concursos de delitos de cierta gravedad individual. Así, ejemplarmente el fallo de la Corte de Concepción citado *supra*, que estimaba como un error en la aplicación del derecho fundar una internación en régimen cerrado exclusivamente en las necesidades de desarrollo educativas y terapéuticas del adolescente, pues tales aspectos son más bien factores moderadores de la sanción.⁴¹

Dicho lo anterior, sin embargo, en ciertos fallos se pueden detectar algunos rasgos tutelares presentes en la argumentación de las decisiones, como es un caso en que la Corte de San Miguel rechazó abonar el tiempo en internación provisoria, toda vez que, en atención a una particular comprensión de los fines pretendidos por la LRPA, “no es posible divisar de qué forma un eventual abono de tiempo que disminuya el periodo en el cual los menores *J.O.R.S.* y *A.I.B.G.*, permanezcan sometidos al régimen de libertad asistida especial, pueda ayudar a su efectiva reinserción social, teniendo presente para ello que la naturaleza y finalidad de las sanciones (...), es precisamente propender a una rehabilitación y readaptación del menor a las normas sociales”.⁴² Y de la misma corte, pero respecto de la sanción más severa del sistema, cuando afirma que la naturaleza y objetivo de la internación en régimen cerrado “puede permitir rescatar al menor del medio criminógeno”.⁴³

Ahora bien, apartándonos de la revisión de jurisprudencia, el estudio ya citado sobre los factores que inciden en las decisiones judiciales pareciera relevar también una brecha con respecto a la *consideración no discriminatoria de las circunstancias personales del adolescente*. Se señala en sus conclusiones que, frente a similares antecedentes penales y características, si los adolescentes consumen drogas y no cuentan con apoyo familiar, tienen más probabilidades de ser sometidos a una pena privativa de libertad, aunque para el caso de las mujeres dichas variables operarían en sentido contrario, disminuyendo tales probabilidades.⁴⁴

Para la *selección de una sanción entre diversas alternativas no privativas de libertad*, en principio la LRPA parece balancear adecuadamente en

⁴¹ SCA de Concepción, rol N° 482-2017, de 7 de julio de 2017, considerando 6°.

⁴² SCA de San Miguel rol N° 619-2012, de 16 de mayo de 2012, considerando 4°, y en el mismo sentido el fallo rol N° 614-2012, de 18 de mayo de 2012, considerando 6°.

⁴³ SCA de San Miguel rol N° 1326-2011, de 22 de noviembre de 2011, considerando 2°.

⁴⁴ DROPELMANN, Catalina *et al.*, *loc. cit.*

su art. 24 entre la idoneidad para alcanzar fines de integración social y los criterios de proporcionalidad con el hecho, sin perjuicio de que al respecto en la práctica opera la idea de gradualidad en la intensidad de las sanciones que se aplican según cómo ha reaccionado previamente el adolescente frente a condenas previas. Sin embargo, el diseño normativo no facilita, como sugieren los *Estándares*, operativizar lo que en doctrina se conoce como una amplia “intercambiabilidad” entre sanciones no privativas de libertad según criterios orientados hacia la integración social del adolescente, pues la elección entre unas u otras sanciones puede parecer en principio inocua en la determinación de la misma, pero si se tiene en consideración el régimen de quebrantamiento de condenas de ambas modalidades de libertad asistida (“simple” y especial), resulta comprensible que en las prácticas del sistema no resulte fácil tener por intercambiables la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad y las libertades asistidas mencionadas. En casos de quebrantamiento, la primera puede ser sustituida por un máximo de solo tres meses en alguna de las modalidades de libertad asistida; en cambio, las segundas –con variaciones según los casos, en cuanto a su carácter temporal o transitorio y a la exigencia o no de reiteraciones en los incumplimientos– pueden conducir a su reemplazo por la sanción privativa de libertad de internación en régimen semicerrado. Por ello, nos parece que en este punto hay una tensión del diseño normativo con los *Estándares* que dificulta elegir entre sanciones no privativas de libertad con miras a favorecer la integración social del adolescente.

E. En relación con la revisión judicial de la sanción durante su ejecución

Una primera brecha importante en este ámbito se da en el hecho de que no existe una regla legal que establezca perentoriamente *plazos de revisión de oficio de las sanciones*, lo cual puede conducir a que, por la inactividad de tribunales o defensores, o por desinformación del adolescente acerca de su derecho a solicitar la revisión, aquellas no sean revisadas y modificadas oportunamente. Asimismo, tampoco existe una regla que obligue a actualizar el plan de intervención, sin perjuicio de que ello pueda llegar a ocurrir en determinados casos particulares.

La LRPA permite al tribunal encargado del control de ejecución la *sustitución de una condena* por otra menos gravosa cuando ello parezca más favorable para la integración social del infractor, sin establecer un tiempo mínimo de cumplimiento (art. 53). Sin embargo, en la práctica judicial, cuando se trata de sanciones privativas de libertad, se ha dado el debate,

que queda bien reflejado en los fallos que mencionaremos, sobre si ello implica no tomar en cuenta de ninguna manera las razones que fundaron la pena a sustituir. Una posición queda bien reflejada en un caso que tuvo una alta connotación pública, resuelto por la Corte de Copiapó: cuando la ley faculta la sustitución de condenas, ello “no permite soslayar (...) los objetivos, principios y criterios que justificaron la imposición de la pena, para remitirnos exclusivamente a la integración social del condenado (...). Por el contrario, la sustitución de pena que consagra la ley no puede, sino, efectuarse considerando un análisis global e integrado de la necesidad de reinserción social, con la totalidad de principios, fines y criterios que, en el caso concreto, justificaron la imposición de la pena (...)”.⁴⁵

Otros fallos, en cambio, establecen como improcedente considerar, al momento de sustituir una condena, los mismos elementos tomados en cuenta al imponerla. Así, la Corte de Valdivia señaló que, para sustituir una condena, la ley “solo exige como requisito que ello parezca más favorable para la integración social del infractor y se hubiere iniciado su cumplimiento, examinando los antecedentes que se hubieran acompañado en la audiencia respectiva (...) ya que se puede advertir que ha habido una favorable evolución en el comportamiento de éste, lo que posibilita una efectiva resocialización e integración en el seno de la sociedad como un elemento útil a la misma”, “sin que sea dable atender a los factores que esgrime en esta oportunidad el Ministerio Público (...), ya que éstos fueron ponderados, analizados y tenidos en consideración al imponer la sanción primitiva”.⁴⁶

Y dicho debate se da al interior incluso de las mismas cortes. Por ejemplo, un fallo de la Corte de San Miguel, que primero llama a que la potestad de sustitución y remisión de condenas del juez de garantía en su rol de juez de control de ejecución sea “ejercida prudentemente por el tribunal, atendiendo a la finalidad socioeducativa que tienen las sanciones contempladas en este régimen especial de responsabilidad penal, y que se encuentran previstas en el art. 20 (...), y particularmente, a los resultados que su aplicación ha podido tener en el condenado”, agrega más adelante, al justificar la revocatoria de la sustitución de condena de un delito de

⁴⁵ SCA de Copiapó rol N° 71-2009, de 13 de abril de 2009, considerando 2°.

⁴⁶ SCA de Valdivia rol N° 123-2009, de 1 de abril de 2009, considerandos 3° y 4°, respectivamente.

homicidio calificado, que “se debe tener muy en cuenta que el sistema penal debe contribuir con sus instituciones y normas a un efecto preventivo de orden general, que cobra mayor relevancia en la etapa punitiva (...) y entre otros efectos, inhibir a quienes en el futuro pongan en riesgo, con su actuación reluctante, la vigencia de los valores del sistema jurídico”.⁴⁷ El voto de minoría de tal decisión hace notar, sin embargo, la tensión entre tal finalidad preventiva general y el objetivo de promover la integración social del adolescente, pues “la decisión del tribunal [de primera instancia] se ha basado en los efectos rehabilitadores que dicha medida podría producir en el sentenciado, teniendo presente el comportamiento que ha mantenido durante el tiempo de cumplimiento de más de tres años de la condena en régimen cerrado, en el cual ha estudiado, ha manifestado arrepentimiento, ha acatado las normas de conducta impuestas por el establecimiento y ha cumplido a cabalidad con el beneficio que se le ha otorgado de salida el fin de semana”,⁴⁸ por lo que tal disidente estaba por confirmar la sustitución decretada por el tribunal *a quo*, consistente en una libertad asistida especial.

A efectos del *término anticipado o remisión de condena*, son interesantes un par de decisiones de la Corte de Concepción que claramente indican que para ella la gravedad del delito no es lo principal, sino el cumplimiento de los objetivos de la sanción, como lo señala el art. 55: “ninguna injerencia tiene la gravedad de los delitos cometidos por el adolescente o el daño que ellos produjeron, bastando antecedentes calificados que permitan establecer que se ha dado cumplimiento a los objetivos pretendidos con la imposición de la pena, que, como se dijo, están orientados a la plena integración social del sentenciado”,⁴⁹ y “[l]a gravedad del ilícito y la extensión del mal causado con la ejecución del mismo, son criterios que deben considerarse para la determinación de la pena (...) mas no para su remisión”.⁵⁰

Un caso interesante, resuelto por la Corte de Valparaíso, está también relacionado con la *consideración primordial del desarrollo e integración social del adolescente durante la ejecución de las sanciones y la sustitución o término anticipado* de las mismas. Se trata de un quebrantamiento de condena que fue revocado porque los incumplimientos de la internación en

⁴⁷ SCA de San Miguel rol N° 198-2009, de 2 de marzo de 2009, considerandos 4° y 6°, respectivamente.

⁴⁸ *Idem*, voto de minoría, considerando 1°.

⁴⁹ SCA de Concepción rol N° 327-2011, de 5 de agosto de 2011, considerando 4°.

⁵⁰ SCA de Concepción rol N° 95-2012, de 29 de febrero de 2012, considerando 4°.

régimen semicerrado fueron justificados, pero en el cual, ante los antecedentes tenidos a la vista —entre ellos, un informe social y otro psicológico—, unidos a que llevaba cumplida más de la mitad de la pena, condujeron además a la Corte a señalar que “el juez estudiará la posibilidad de citar a audiencia a efectos de considerar la procedencia de dar aplicación [a la sustitución o remisión de condena]”,⁵¹ lo que da cuenta de que dicho tribunal superior observa que la pena podría estar teniendo un impacto negativo en el desarrollo e integración del adolescente.

En cuanto a la *continuidad o modificación de la sanción no privativa de libertad en caso de reiteración delictiva posterior al inicio de su ejecución*, la LRPA no contempla esa posibilidad y la práctica judicial se inclina por la aplicación de una nueva sanción por el nuevo delito, aun cuando pueda ser de la misma clase que la anterior, produciéndose en los hechos una problemática acumulación y superposición de sanciones.

Finalmente, para cerrar las referencias relativas a los *incumplimientos de sanciones* (quebrantamiento de condenas en la LRPA), debemos recordar lo indicado con anterioridad a propósito de las limitaciones para materializar la idea de intercambiabilidad entre sanciones no privativas de libertad. En síntesis, el régimen legal está diseñado para responder, por lo general, con una sanción distinta más gravosa que la quebrantada en la medida en que los incumplimientos sean graves y, salvo casos extremos, ello parece responder a lo planteado por los *Estándares* en cuanto a valorar la renuencia completa y permanente a cumplir con la sanción. Más interesantes resultan, en todo caso, ciertos fallos que se hacen cargo de la relación entre incumplimiento e integración social. Así, la Corte de San Miguel revocó un quebrantamiento por inasistencia a algunas sesiones con el delegado de libertad asistida especial, toda vez que el joven se encontraba trabajando y estudiando, “de lo que se sigue que se están cumpliendo los objetos (sic) de la medida impuesta a pesar de las inasistencias a los controles”.⁵² En otro fallo similar consideró que “el adolescente si bien no ha cumplido en forma rigurosa y en su totalidad con el plan elaborado, sí lo ha hecho en la medida de sus posibilidades, dada la necesaria búsqueda y adaptación laboral, cuanto la circunstancia de haber asumido nuevas responsabilidades, como padre”, “siendo sus incumplimientos propios de su dinámica de vida, búsqueda de

⁵¹ SCA de Valparaíso rol N° 1868-2018, de 20 de septiembre de 2018, parte resolutive.

⁵² SCA de San Miguel rol N° 1803-2017, de 9 de agosto de 2017, en sus vistos.

reinserción, y de escolaridad, aspectos de los que no se puede prescindir al momento de evaluar su eventual incumplimiento”.⁵³ Sin embargo, fallos como estos no solo llaman la atención por sus adecuadas consideraciones, sino también por develar cómo algunos tribunales de control de ejecución carecen muchas veces de tal perspectiva, lo que parece denotar una brecha en los tribunales directamente involucrados con el cumplimiento de las sanciones.

F. En relación con la obtención y uso de información sobre las circunstancias del adolescente

En Chile no existe un sistema de generación de *información sobre las circunstancias del adolescente* que sea aportada por una institución especializada, sino que aquella suele ser introducida por parte de la defensa de los adolescentes y habitualmente en casos donde hay una privación de libertad en juego. Por lo general, se trata de informes sociales y psicológicos elaborados por especialistas, a los que se suman los llamados “informes de permanencia” de los adolescentes que están en centros de internación provisoria. Y, salvo que su objetivo sea lograr la modificación de dicha medida cautelar, estos informes suelen ser conocidos al momento de debatirse la pena a aplicar, por lo que no hay riesgo de contaminación de la decisión de condena o absolución.

Sin embargo, las implicancias de estos informes son dispares, pues no hay mayor formación en todos los operadores del sistema en temas criminológicos y psicosociales como para comprender adecuadamente el significado de la información sobre el adolescente. Por aportar un ejemplo, el estudio anteriormente referido, sobre factores que influyen en las decisiones judiciales, daba cuenta de que nuevos delitos inciden en una mayor probabilidad de aplicación de sanciones privativas de libertad, sin importar que se trate de un delito menos grave, lo que muestra falta de conocimiento sobre las teorías del desistimiento y del desescalamiento delictivo o de cómo considerarlas al momento de decidir, pues estas más bien sugerirían buscar favorecer los vínculos sociales del adolescente en el medio libre.

Ahora bien, se ha sostenido que la ausencia de información sobre el adolescente no puede ir en su perjuicio, agravando la sanción que el tribunal

⁵³ SCA de San Miguel rol N° 1902-2017, de 28 de agosto de 2017, considerandos 3° y 5°.

decide aplicar, como lo señala la Corte de Rancagua a propósito del criterio de idoneidad de la sanción: “la ausencia de los mencionados elementos de convicción no puede ir en su perjuicio. Si (sic) es posible señalar que es evidente que, a mayor grado de privación de libertad, mayor es la pérdida de socialización, circunstancia que no necesariamente favorecerá su integración social”.⁵⁴

Finalmente, en cuanto al respeto de ciertas *garantías procesales mínimas*, no parece haber dificultades con relación a lo que busca proteger la cesura procesal ni tampoco en cuanto al derecho a no autoincriminación en la medida en que los informes son incorporados fundamentalmente por la defensa, pudiendo desestimarlos si son perjudiciales para su defendido. Asimismo, como también ya fue señalado, en Chile no se cuenta con un *órgano independiente* que prepare informes sobre las circunstancias del adolescente, y los tiempos que se destinan en los tribunales al debate sobre la determinación de la sanción a aplicar son insuficientes para poder abordarlas en toda su complejidad, existiendo en estos aspectos otra brecha con respecto a los *Estándares* en estudio.

SEGUNDA PARTE: COMPARACIÓN JURÍDICA BASADA EN CASOS

I. RESOLUCIÓN DEL CASO 1

1.- En primer término, se describirá la situación jurídico-penal del caso desde una perspectiva general y como si se tratara de un adulto, para enseña aplicar las reglas del sistema de responsabilidad penal del adolescente, sin llegar a determinar una pena concreta, toda vez que no es necesario para los efectos del estudio. Se realizará este ejercicio general como si fuera un adulto de manera que se comprenda mejor la forma en que se estructura y funciona el régimen de determinación de penas para adolescentes en Chile, sirviendo este ejemplo como suficiente para alcanzar dicho fin, por lo que se advierte desde ya que no se efectuará para el caso 2.

2.- La conducta descrita en el caso 1 se subsumiría bajo el delito de robo en lugar no habitado previsto en el art. 442 CP, en específico bajo su

⁵⁴ SCA de Rancagua rol N° 444-2017, de 27 de julio de 2017, sentencia de reemplazo, considerando 6°.

circunstancia primera (por medio de “escalamiento” que, de acuerdo con la ley chilena –en relación con la definición contenida en el art. 440 N° 1 CP–, comprende entrar al lugar con fractura de ventanas, en este caso de un establecimiento comercial), hecho que se encuentra consumado y del cual el sujeto sería su autor inmediato y directo. La pena prevista en el CP para el autor de dicho delito consumado es la de presidio menor en sus grados medio a máximo, esto es, una pena compuesta de dos grados de penalidad que en conjunto van desde 541 días a 5 años de privación de libertad. Como el sujeto tiene una condena anterior por el mismo delito, se configuraría, además, la agravante de responsabilidad criminal de reincidencia propia específica (art. 12 N° 16 CP). Si bien tiene otras dos condenas por delitos de hurto simple, se entenderá que ellas no configuran la agravante de reincidencia propia general prevista en el art. 12 N° 15 CP, ya que se carece de información acerca del valor de las cosas sustraídas en tales hechos, pues para aplicar el art. 12 N° 15 CP se exige haber sido condenado por “dos o más delitos a que la ley señala igual o mayor pena” (art. 92 CP), lo cual solo ocurriría si se tratara de los delitos de hurto simple del art. 446 N° 1 CP, que alcanzan la penalidad señalada cuando el valor de las cosas supera las 40 UTM (unidades tributarias mensuales); esto es, poco más de dos millones de pesos chilenos (alrededor de dos mil cuatrocientos cincuenta dólares americanos) a la fecha de este trabajo.

Como se explicará con algo más de detalle *infra*, al ser autor del delito consumado (art. 50 CP), la penalidad se mantiene en presidio menor en sus grados medio a máximo y, al concurrir una circunstancia agravante, por aplicación del art. 68, inc. 2°, CP, no se aplica el grado mínimo de dicha pena compuesta, quedando finalmente en la pena de presidio menor en grado máximo (3 años y 1 día a 5 años de privación de libertad). La cuantía exacta de la pena dentro de ese rango temporal se determinará según los parámetros que fija el art. 69 CP.

3.- Ahora bien, en lo que sigue se analizará el caso desde la óptica del adolescente Juan y se describirá el procedimiento de determinación de la sanción penal de adolescentes que resultaría aplicable al caso, de acuerdo con la regulación legal, la jurisprudencia y la práctica judicial del país.

4.- Puesto que en la legislación penal general la penalidad de base para el delito en cuestión es la de presidio menor en sus grados medio a máximo, por aplicación de la primera parte del art. 21 LRPA se debe establecer como punto de partida del proceso de determinación de penas para adolescentes la pena inferior en un grado del mínimo antes señalado (*rebaja o descuento*

por ser adolescente); esto es, la pena de presidio menor en su grado mínimo (61 días a 540 días de privación de libertad).

5.- Como Juan es autor ejecutor del delito y este se encuentra consumado, se aplica el art. 50 CP, sin que, por lo tanto, resulte modificada la penalidad de base por el tipo de intervención delictiva ni por el grado de desarrollo del delito, como por ejemplo debiera ocurrir según el derecho chileno si Juan hubiese sido cómplice y no autor del delito, en cuyo caso se debiese haber aplicado una nueva rebaja de grado (art. 51 CP). La aplicación de estas reglas se prevé en la segunda parte del art. 21 LRPA, la cual se *remite* a estos efectos a las disposiciones previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del CP (arts. 50 a 78, con excepción del art. 69). Por último, como ya se vio, según estas mismas disposiciones el grado de penalidad puede verse afectado en vista de la concurrencia o no de circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal. En este caso, de entenderse aplicable para estos efectos la circunstancia agravante de reincidencia,⁵⁵ como el presidio menor en su grado mínimo es una pena divisible de un solo grado, se aplicarían las reglas previstas en los inc. 2º y 3º del art. 67 CP, que señalan que, si concurre una sola agravante, debe aplicarse el máximo de la pena (la mitad más alta de su duración: 301 a 540 días). La relevancia o no de la aplicación de esta última regla en la etapa de determinación de la pena en cuestión se indicará más adelante.

6.- Como Juan no solo tenía 16 años al momento de cometerse el delito, sino que además porque la pena producto del art. 21 LRPA no supera los cinco años de privación de libertad, no resulta aplicable al caso concreto la regla del art. 22 de dicha ley. Corresponde, por ende, aplicar inmediatamente el art. 23 de la misma.

7.- El art. 23 cumple la función esencial de permitir la *conversión o sustitución legal y obligatoria* de la penalidad hasta ahora determinada como si se tratara de un adulto, en un marco penal propio de los adolescentes, estableciendo cinco reglas o tramos diferenciados equiparables a los grados de penalidad del CP. Así, si el producto del art. 21 resultó ser la pena de presidio menor en su grado mínimo (pena aún referida en los términos propios del sistema para adultos), se debe buscar en el art. 23 cuál de sus

⁵⁵ En la primera parte del estudio se ha hecho referencia al debate judicial acerca de si es procedente, en el caso de los adolescentes, la aplicación de esta agravante en este sentido o solo para determinar la sanción concreta a imponer. Por cierto, también existe la opinión de que en ninguno de tales casos se ha de considerar.

tramos es el equivalente a dicha penalidad. De acuerdo con el N° 4 del art. 23, “[s]i la pena privativa o restrictiva de libertad se ubica entre 61 y 540 días, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semi-cerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado”. Como se puede apreciar de la sola lectura del numeral, a efectos de proceder a esta conversión, si se trata del *máximum* antes indicado (o, en su caso, del *mínimum* si se hubiese tratado de una sola circunstancia atenuante) no tiene ninguna importancia práctica. Aun cuando no es el objeto del informe una descripción detallada del sistema, también sería posible aplicar en un caso como este una sanción mixta en los términos del art. 19, inc. 2°, LRPA, o la imposición conjunta de dos de las penas previstas en el N° 4 si se dan las condiciones señaladas por el art. 25 LRPA, entre ellas, que sea posible su cumplimiento simultáneo y que permita el mejor cumplimiento de las finalidades de la ley.

8.- Dentro del marco de alternativas de sanciones que señala el art. 23, para determinar cuál sanción y por cuánto tiempo (o su cuantía) se ha de aplicar fundamentalmente el art. 24 de la ley. Este artículo –como sostienen claramente la doctrina y la jurisprudencia– es la regla de individualización judicial de la pena en el caso de los adolescentes, para lo cual fija diversos criterios que han de orientar al tribunal para la determinación de la sanción concreta, que son los siguientes: a) la gravedad del ilícito de que se trate; b) la calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción; c) la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal; d) la edad del adolescente infractor; e) la extensión del mal causado con la ejecución del delito, y f) la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social. Asimismo, se deben también tener en cuenta el principio del interés superior del adolescente, los fines de las sanciones, el principio de brevedad y excepcionalidad de la privación de libertad, y la prohibición de discriminación negativa del adolescente en relación con los adultos.

Dicho lo anterior a modo de contexto, se revisarán ahora las cuestiones particulares que son objeto de este estudio comparado.

9.- Con respecto a la incidencia de la reiteración delictiva, mediando incluso algunas condenas, la opinión dominante de los actores clave entrevistados es que Juan sería condenado a una nueva sanción, más intensa al interior del tramo respectivo, bajo el denominado *principio de gradua-*

lidad de las sanciones, lo cual resulta concordante con la jurisprudencia y con ciertos estudios revisados en la primera parte del estudio. Lo anterior significa que la discusión giraría en torno a aplicar una libertad asistida especial o la internación en régimen semicerrado, con argumentos oscilantes entre brindar una nueva oportunidad en el medio libre o en la necesidad de un mayor control dada la ineficacia disuasiva de las condenas y salidas alternativas anteriormente impuestas. Los ocho delitos previos que registra Juan en el sistema, cuatro de ellos con condena, se argumentan por parte del actor clave judicial entrevistado como una demostración de que el sistema ha resultado ineficiente con las medidas menos intensas que contempla, ya que ha sido sancionado previamente con casi todas las opciones de baja intensidad que considera la ley, sin lograr persuadirlo de no volver a cometer delitos, línea que también sostiene en general el entrevistado del Ministerio Público. Hay una suerte de continuo, se afirma, que peligrosamente puede transformarse en vital y eso es justamente lo que se busca evitar, unido a que la modalidad comisiva también ha ido incrementando su gravedad.

Los argumentos defensivos, en cambio, destacan fundamentalmente un aspecto práctico, como es que la última sanción de libertad asistida llevaba poco tiempo de ejecución y que las deserciones y desmotivaciones presentadas por Juan son propias de la fase inicial de adherencia a tales programas; y un elemento normativo-práctico, de buscar evitar la privación de libertad en régimen semicerrado por ser de *ultima ratio*, dados sus efectos desocializadores, en particular por las serias falencias de implementación que dicho régimen ha presentado en nuestro país.

10.- En cuanto a la importancia que tendrían las circunstancias personales de Juan, hay diversidad de opiniones entre los actores clave entrevistados. Si bien todos se inclinan por señalar que serán relevantes en el momento de establecer la nueva sanción, la valoración positiva o negativa que se debe hacer de ellas, sin embargo, es disímil entre ellos. Para unos, incidirá el que no haya adultos responsables ni redes de apoyo directas, por lo que la sanción, para ser efectiva, deberá buscar esas redes fuera de su entorno familiar. Ello conduce a identificar una sanción que cuente con un delegado que controle de cerca el cumplimiento, e idealmente que logre generar vínculos con el adolescente y que atienda a su falta de escolaridad y a la necesidad de entregarle herramientas laborales. Al respecto, tanto las libertades asistidas como la internación en régimen semicerrado cumplen con dicho perfil, al menos en cuanto a su definición legal.

Para otros actores, en cambio, que tales circunstancias sean un argumento para intensificar la respuesta penal son expresión de una discriminación negativa hacia los adolescentes con más dificultades personales, familiares y sociales, aspectos que debiesen operar más bien en sentido contrario, como moderadores de la reacción penal, como se pudo constatar en cierta jurisprudencia citada en la primera parte del estudio.

11.- Como ya se ha adelantado, la baja gravedad relativa del nuevo delito cometido, considerando la cantidad de hechos delictivos previos, no sería un obstáculo insalvable para llegar a imponer una sanción privativa de libertad, atendido precisamente el número de ocasiones que Juan ha resultado condenado con antelación, así como las otras pasadas por el sistema sin una condena. Sí hay que tener presente que el sistema legal de determinación de penas de la LRPA al menos impide que en este caso se pueda imponer un régimen cerrado, dada la estructura de los tramos del art. 23.

12.- Si finalmente se optara por aplicar una sanción no privativa de libertad, en ningún caso –o rara vez, si se prefiere mantener una cierta prudencia frente a decisiones excepcionales que pueden ocurrir– bajo el sistema chileno se consideraría la exclusiva continuidad de la sanción anterior, pues la práctica común es la imposición de sanciones individuales para cada delito, salvo que se juzguen conjuntamente en un mismo proceso, lo que no ocurre aquí. Una de las entrevistadas argumenta que resultaría poco probable continuar con aquel programa, en particular porque el adolescente se mostró poco motivado a seguirlo. Lo más razonable sería, bajo su perspectiva, que se buscara un nuevo plan de intervención en el marco de una nueva sanción y que pudiese tener mejores expectativas de éxito. A ello se agregó que el incumplimiento por abandono del taller de capacitación laboral debiera tener consecuencias en materia de control de ejecución, que no es otra cosa que analizar un eventual quebrantamiento de condena.

13.- Conclusiones generales acerca de las brechas detectadas entre las prácticas y los *Estándares*:

En este caso, las principales brechas con los *Estándares* se encuentran en relación, primero, con la relevancia que se le da en la práctica judicial chilena a los antecedentes penales previos del adolescente, que, en este caso, podrían llevar al tribunal a imponer una sanción privativa de libertad. Aun cuando ello no es algo que se pueda afirmar como de ocurrencia necesaria, es una de las opciones posibles y finalmente se acomoda a la lectura particular que haga el tribunal del principio de gradualidad y de las necesidades de disuasión individual del adolescente, como afirma cierta

jurisprudencia en la materia. Una de las ventajas a rescatar del particular diseño normativo de la LRPA, en cuanto al sistema de determinación de penas, es que al menos no podría ser condenado a un internamiento en régimen cerrado por no estar prevista tal pena dentro de las alternativas del respectivo tramo del art. 23.

En segundo lugar, otro campo de tensión con los *Estándares* se produce con el uso que se da a las circunstancias personales de Juan, pues una lectura perjudicial en términos punitivos de las mismas no es poco habitual y tienden a ser procesadas como factores que justifican una sanción más gravosa con un mayor control, que no es lo mismo que tenerlas presentes para los planes de ejecución, ya que pueden orientar una intervención especializada en las áreas problemáticas que presenta el adolescente, las cuales dificultan su plena integración social y su comportamiento normativo. Tampoco es común que tales circunstancias puedan comprenderse como expresivas de una menor culpabilidad individual por inexigibilidad de otro comportamiento condicionado por su contexto social, familiar y personal, poniéndose más bien énfasis en el injusto del hecho y, como ya se dijo, en la persistencia delictiva que presenta el autor. Probablemente influya en esta perspectiva dominante que la doctrina existente al respecto no ha logrado permear o hacer operativas sus proposiciones en los razonamientos de los actores judiciales, lo que también sería una muestra de déficits con respecto a los *Estándares*, referidos a la especialización de estos últimos.

Finalmente, en tercer término, una tensión relevante se observa con el *Estándar* que promueve la no modificación de la sanción en ejecución cuando hay una nueva condena posterior a ella, o al menos la imposición de una sanción unificada por todos los delitos, que permita continuar con el plan de intervención ya iniciado y evitar la sobreintervención o superposición de sanciones. Las concepciones rígidas sobre cómo operan los procesos de cambio en la adolescencia, que parecen arraigadas en las prácticas de los actores, se ven favorecidas por un diseño legal que permite aplicar, por lo general, tantas sanciones como delitos se hayan cometido, lo cual sería constitutivo de una brecha con lo que proponen los *Estándares*.

II. RESOLUCIÓN DEL CASO 2

1.- Los hechos descritos en el caso 2 se subsumirían bajo el título de imputación de un delito consumado de homicidio simple previsto en el art. 391 N° 2 CP, cuya pena asignada en la ley es la de presidio mayor en su

grado medio (15 años y 1 día a 20 años de privación de libertad) y respecto del cual Pedro sería su autor ejecutor.

2.- Puesto que la pena en el CP es la de presidio mayor en su grado medio, por aplicación del art. 21 LRPA y siendo Pedro autor y estando consumado el hecho, se quedaría en la pena de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años). De los hechos señalados en el caso se podría tener por concurrente la circunstancia atenuante de “obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación” (art. 11 N° 5 CP), cuyo efecto sería aplicar la misma pena, pero en su *mínimum*; esto es, 5 años y 1 día a 7 años y 182 días, de acuerdo con las reglas del art. 67, inc. 2° y 3°, CP.

3.- Como Pedro tenía 14 años al momento de cometer el hecho y la pena calculada según el art. 21 supera los límites máximos de privación de libertad para adolescentes de 14 a 15 años, se cumple la condición para hacer aplicable la regla del art. 22 de la ley, que, en términos simples, implica ajustar la penalidad hasta que esta no supere los 5 años de privación de libertad; esto es, la pena resultante sería presidio menor en su grado máximo (3 años 1 día a 5 años).

4.- La penalidad antes indicada debe ahora ser sustituida o convertida en las penas propias de los adolescentes, que en este caso se corresponden con las indicadas en el art. 23 N° 2: “Si la pena va de tres años y un día a cinco años de privación de libertad o si se trata de una pena restrictiva de libertad superior a tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial”; a lo cual se agrega la opción de imponer una sanción mixta en los términos del art. 19, inc. 2°.

5.- Como se señaló con anterioridad, para elegir dentro de las alternativas de sanciones que señala el art. 23 rige fundamentalmente el art. 24, cuyos criterios han de orientar al tribunal para la determinación de la sanción concreta, sin perjuicio de la debida consideración de los principios y fines también señalados *supra*.

En lo que sigue se analizarán las preguntas particulares planteadas sobre este caso, objeto del estudio comparado.

6.- Sobre la posibilidad de que la información relativa al incidente previo de Pedro, conocido por el sistema de protección a la niñez, ingrese al proceso penal de adolescentes, las opiniones de los actores entrevistados son uniformes en descartarla. Primero, porque en Chile no existe un sistema

formal de recopilación de información personal del adolescente para ser considerada en la determinación de la sanción y la fiscalía no lo intenta tampoco para sostener más fundadamente sus pretensiones de sanción, por lo que fácticamente no hay manera de que tal información pueda fluir hacia el proceso penal. Segundo, porque se sostiene que, además, sería contrario a la LRPA el empleo de información cuya producción tenía un objeto diverso –la adopción de medidas de protección en favor del propio adolescente– y en cuya realización no se consideraron las garantías propias de un sistema formalizado como es el penal, a lo que se agrega que Pedro, al momento del incidente previo, no era sujeto de responsabilidad penal por no haber alcanzado aún la edad mínima requerida para ello, lo cual también se constituiría en una barrera jurídica para su consideración. Ahora bien, en la hipótesis de que fuese posible el ingreso de dicha información por haber tomado conocimiento de ella la fiscalía, la mayoría de los informantes claves consultados no dudan en afirmar que sí se intentaría su utilización para fortalecer la teoría del caso de la acusación sobre el carácter doloso de la conducta y la ausencia de impulsividad que pudiera atenuar la culpabilidad del adolescente.

7.- Aunque ya se ha señalado que en Chile no existe la obligación de elaborar un informe psicosocial acerca del adolescente, cuya consecuencia adicional es que no existe un deber para el adolescente de concurrir a realizárselo, se planteó como hipótesis a los entrevistados para conocer su opinión el caso de que ello fuera posible. Algunos de los informantes señalaron que no correspondería que el adolescente fuera acompañado por su defensor, arguyendo razones de deferencia profesional por tratarse de una entrevista clínica, sin perjuicio, por cierto, de la asesoría previa que su abogado debiera brindarle acerca de la misma. En cuanto a si se incluiría la información del incidente previo cometido por Pedro a los 13 años en caso de llegar a ser conocido por el especialista que realiza la actual entrevista psicológica, la respuesta es afirmativa, porque se estima que el profesional a cargo lo entendería como parte del perfil psicológico del adolescente, pese a que se sostiene que sería ilegal su consideración en el caso. En relación con ello, el contenido del informe probablemente sería discutido intensamente en la audiencia de preparación del juicio oral si se pretendiese que dicha información fuera conocida durante el juicio, de manera de intentar lograr la exclusión de este de aquellas partes referidas al hecho ocurrido a los 13 años.

8.- Tomando en cuenta las variaciones introducidas al caso, las principales consideraciones que se tendrían a la vista para decidir la sanción a imponer serían: la gravedad del ilícito, toda vez que nos encontramos frente a la lesión del bien jurídico de la vida humana independiente; la concurrencia de una circunstancia atenuante de responsabilidad como es su actuar producto de un arrebató fundado en la perturbación anímica provocada en Pedro por la humillación sufrida en forma previa a su conducta homicida de parte de la víctima y que no fue un hecho aislado, sino que se correspondía a un patrón de acoso sostenido en el tiempo; la edad de 14 años de Pedro, lo cual hace presuponer que su autoestima e imagen de sí mismo producto del defecto físico en su cara le han de afectar de manera significativa; la extensión del mal causado no tendría aquí mayor relevancia toda vez que el resultado muerte no admite graduación y, más aún, se vería vulnerado el principio de *ne bis in idem* por cuanto dicho resultado forma parte del tipo objetivo del homicidio; y, finalmente, la idoneidad de la sanción para sus necesidades de desarrollo e integración social, pues se trata de un adolescente que carece de antecedentes en el sistema penal juvenil, cuenta con el total apoyo de su familia, y su futuro parece promisorio al ser hijo de padre y madre profesionales y tener un buen rendimiento escolar. En un caso así, si bien la gravedad del hecho es alta y en principio podría justificar una sanción privativa de libertad, todas las demás consideraciones mencionadas, incluido el carácter excepcional de la privación de libertad, la primacía de reconocer y respetar los derechos del condenado (principio del interés superior del adolescente, según su definición legal en Chile) y el equilibrio entre hacer efectiva su responsabilidad por el hecho cometido y la importancia de promover su integración social, conducirían probablemente a un tribunal a sancionar el hecho punible con una sanción de libertad asistida especial por el tiempo máximo de tres *años previsto en la ley*. No sería suficiente, por tanto, el carácter doloso del homicidio para imponer una pena de internación en régimen cerrado.

9.- Conclusiones generales acerca de las brechas detectadas entre las prácticas y los *Estándares*:

Dado que el sistema chileno no considera la producción de información personal del adolescente, sino que esta es ofrecida fundamentalmente por la defensa, en la actualidad la principal brecha con los *Estándares* es precisamente la carencia de un sistema de generación de información imparcial y profesional sobre las circunstancias del adolescente, informe al que debería tener acceso el tribunal, la fiscalía y la defensa solo con el

objeto de debatir la sanción a aplicar, sin perjuicio de poder contradecir el contenido del mismo con información propia.

Ahora bien, el caso permite destacar la ambivalencia con que las circunstancias personales del adolescente pueden jugar a su favor o en su contra según cuáles sean estas, lo que reafirma la importancia de profundizar una lectura de las mismas que siempre pueda mitigar la dimensión punitiva, ya sea para proteger al adolescente bien integrado socialmente, como para proteger al adolescente sometido a fuertes procesos de exclusión social que inciden negativamente en sus circunstancias personales, más aún en este último caso, que es sin duda el perfil que predomina en el sistema penal juvenil.

Dicho lo anterior, aprovechando el ejercicio especulativo que se hizo con los entrevistados *como si existiera un informe técnico*, se detectan como potenciales brechas a considerar en el futuro la posibilidad de que cierta información se pueda introducir en la fase de juicio, y no en la de determinación de la sanción, afectando los *Estándares* que exigen como regla general la cesura procesal en el conocimiento de la información acerca de la persona del adolescente, el respeto del derecho a la no autoincriminación en su producción y el reconocimiento del derecho a defensa técnica durante la elaboración del informe.

Finalmente, aunque escapa al caso concreto planteado, hay que destacar que si Pedro hubiese tenido 16 o 17 años al momento de cometer el homicidio, obligatoriamente hubiese tenido que imponérsele una sanción de internación en régimen cerrado, ya sea por todo el tiempo que estimare el tribunal precedente según las reglas de la LRPA o por al menos dos años si se hubiese optado por la sanción mixta del inc. 1º del art. 19. Dicha situación no hubiese permitido valorar adecuadamente las circunstancias personales del adolescente, en particular en las variantes introducidas en el análisis del caso, que llevaron a estimar que era más probable una sanción de libertad asistida especial antes que cualquiera de las opciones privativas de libertad legalmente disponibles, afectando con ello el *Estándar sobre renuncia a reglas de proporcionalidad positiva absoluta respecto de las sanciones privativas de libertad*.

III. RESOLUCIÓN DEL CASO 3

1.- Como punto de partida se ha de tener presente que, según la LRPA, procede la sustitución de la condena por una sanción menos gravosa cuan-

do ello parezca más favorable para la integración social del adolescente y se hubiere iniciado su cumplimiento. Para decretar la sustitución se deberán analizar los antecedentes que así lo justifiquen y se revisarán en una audiencia con participación del condenado, su abogado, el ministerio público y un representante de la institución encargada de la ejecución de la sanción, a la cual eventualmente también podrán concurrir los padres o tutores del adolescente y la víctima, ya sea personalmente o por medio de un representante (art. 53).

2.- Las principales consideraciones que tendría en cuenta el tribunal son, por un lado, los antecedentes que fundan la petición de sustitución de condena en relación con su impacto en la integración social del adolescente y, por el otro, el tiempo de ejecución de la sanción efectivamente cumplido, pese a no ser un requisito establecido en la ley. Junto con ello, sea como argumento autónomo o reconducido al tiempo de cumplimiento según el tribunal de que se trate –como se discutió en la primera parte de este trabajo–, se podrían llegar a tener en cuenta las razones esgrimidas en el juicio al momento de imponer la sanción que ahora se pretende sustituir. Como señala una informante clave, el tribunal debiese tener presente los fines buscados con la imposición de aquella y que los mismos estén en concordancia con el avance del proceso de la adolescente. Hace notar, además, que la sanción se determinó con base en elementos que estimaron la peligrosidad de Silvia por la forma en la que actuó en la comisión de los delitos, como asimismo debido a su condición familiar, escolar y de salud (esto último, sin embargo, no lo comparte como criterio de *endurecimiento* de la sanción). En todo caso, con respecto a estas circunstancias personales de la adolescente sostiene que su tratamiento y análisis estando en la etapa de ejecución deben efectuarse con otra óptica, pues no resulta plausible invocar cuestiones que excedan del ámbito que la adolescente puede controlar, y en ningún caso se podría invocar su interés superior para fundamentar una privación de libertad. Finalmente, estima que el foco del debate debería estar en cómo la mantención de una privación de libertad total implica una afectación en Silvia debido a sus crisis por el embarazo y determinar si el control de aquello puede llevarse a cabo en un sistema en libertad o también puede abordarse en el centro de régimen cerrado.

3.- En cuanto al peso sobre la decisión de sustituir o no que tendría el tiempo de cumplimiento de una quinta parte de la sanción originalmente impuesta, los entrevistados están de acuerdo en que sería relevante. En particular, una entrevistada afirma que, si bien la LRPA no exige un mínimo de

tiempo, lo cierto es que debe debatirse y determinarse cómo los objetivos contenidos en el plan de intervención aprobado se han ido cumpliendo o los avances de aquellos van en esa dirección; también cómo se cumplirá el resto de objetivos dispuestos en el plan, sobre todo aquellos que se han fijado para su cumplimiento en la segunda o tercera parte de la sanción (al tiempo de cumplir los dos quintos o tres quintos de la pena impuesta), y la reestructuración, eliminación o fijación de objetivos nuevos; y, por último, si resulta sostenible que los cambios mostrados por Silvia permiten suponer fundadamente que se verían favorecidos con la sustitución por un régimen de sanción no privativa de libertad. La disyuntiva, se resume, es que la mantención de la sanción no termine fundándose en un argumento meramente punitivo encubierto, o que, por el contrario, al mutar la misma a una pena no privativa de libertad, se pueda perder todo el avance de Silvia en las distintas áreas abordadas con la intervención, exponiéndola a un mal mayor.

4.- Según una de las informantes clave, sería más probable que el tribunal niegue la sustitución y disponga una modificación de las condiciones de ejecución, aun cuando la discusión sobre sustitución de condenas se suele centrar en la primera cuestión, y no, en caso de su negativa y en forma subsidiaria, en adecuaciones de los planes. La mayor probabilidad de una negativa se funda en que, si bien el informe da cuenta de un avanzado embarazo junto con progresos escolares, del tratamiento de adicciones y en general de una mejora de su conducta, aquello no parece estar del todo corroborado o incorporado en Silvia. Si bien ella tiene intenciones de reestructurar su futuro, su respuesta podría estar condicionada por su estado de embarazo y por la integración en la oferta programática que existe en el centro de internación, pero muy poco se indica en los informes acerca del abordamiento real de otras condiciones importantes; en específico, el análisis de las conductas cometidas, la afectación de las víctimas, los factores de riesgo, la existencia de conductas prosociales, entre otras variables.

Pese a ello, otro entrevistado afirma que sería plausible lograr la sustitución por una sanción no privativa de libertad, como la libertad asistida especial, tomando en consideración particularmente lo indicado por los informes en torno al impacto negativo del encierro en su estado emocional en pleno embarazo y al esfuerzo serio que muestra Silvia por cumplir con el plan de intervención: avances educativos, deshabitación en el consumo problemático de drogas y conductas de respeto a las normas y a las personas en el interior del centro, ya que, además, los incidentes menores

que ha cometido han sido precisamente facilitados por las condiciones de privación de libertad en que se encuentra. Agrega, finalmente, que por el poco tiempo de cumplimiento transcurrido –que objetivamente se asume como una limitante real para obtener la sustitución–, una opción que podría considerar el tribunal es otorgar la sustitución bajo la modalidad prevista en el art. 54, es decir, en forma condicional, de manera que, ante un eventual incumplimiento de la libertad asistida especial, la adolescente deba regresar directamente al centro de régimen cerrado, sin pasar por un régimen semicerrado de acuerdo con las normas generales de quebrantamiento de condena (art. 52 N° 5).

5.- En la hipótesis de que el tribunal no sustituyese la sanción, se afirma que las circunstancias de Silvia efectivamente deberían tener un impacto en los objetivos y condiciones del plan de ejecución, poniéndose énfasis en una reformulación de los objetivos; por ejemplo, el tratamiento especializado de sus crisis, disponer la obtención de un oficio junto con continuar su proceso escolar, el desarrollo de habilidades maternas, trabajar las relaciones con el padre de su futuro hijo o hija y también con su hermana menor, así como evaluar el otorgamiento progresivo de permisos de salida temporales. Todo lo anterior resulta relevante, pues se asume que, en un tiempo posterior no muy lejano, *sí será posible que logre la sustitución de condena y el objetivo debiese ser prepararla intensamente para ello*. Si bien no lo mencionaron los entrevistados, se debe tener presente que el Reglamento de la LRPA, previa autorización del tribunal, permite en su art. 97 la “salida maternal” bajo la supervisión del Servicio Nacional de Menores desde las seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto y hasta doce después del mismo, por lo que le quedarían aproximadamente entre seis a siete semanas antes de poder salir del centro con dicho permiso y, al vencimiento del mismo, sumaría prácticamente 6 meses adicionales de cumplimiento desde la actual petición de sustitución, superando así el tercio del tiempo de cumplimiento de su condena.⁵⁶

6.- Conclusiones generales acerca de las brechas detectadas entre las prácticas y los *Estándares*:

⁵⁶ Bajo el siguiente supuesto: asumiendo que quedó embarazada poco antes de ser privada de libertad, llevaría cerca de 6 meses de cumplimiento. Como ello representa un quinto de la sanción impuesta, se puede estimar que la duración total de la pena es de unos 30 meses. Al momento de finalizar el permiso de salida maternal, Silvia llevaría cumplidos 12 meses de la pena.

Una primera brecha es que, pese a que en general el caso se resolvería dentro de los límites que los *Estándares* promueven, faltaría una mayor sensibilidad en torno a las necesidades especiales que presentan ciertos grupos de adolescentes; en este caso, el de las mujeres. El impacto punitivo de la sanción sobre una adolescente embarazada debiese ser una consideración importante, ya que debería poder conducir a ser más flexibles en la valoración del tiempo mínimo de cumplimiento de una sanción previo a su sustitución. Considerando el permiso de salida maternal mencionado, si se toma en cuenta el plazo en que este puede ser ejecutado, el tiempo de cumplimiento de Silvia ya estaría a esa fecha en alrededor de un cuarto de la condena, que es un plazo que los *Estándares* llaman a considerar para la revisión, más aún en las condiciones de este caso particular.

Otra brecha se expresa en la inexistencia en la legislación chilena de un plazo de revisión de oficio de las sanciones que debiese ser coherente con los tiempos mínimos propuestos por los *Estándares*. Ahora bien, aunque tales plazos pueden servir de orientación a los tribunales, dar cierta seguridad jurídica y ofrecer una cierta perspectiva a los adolescentes, debiesen considerar excepciones para hacerse cargo de situaciones que puedan estar generando un alto daño en el proceso de desarrollo e integración social, así como para tomar en cuenta a los adolescentes con características especiales.

Por último, si bien los actores entrevistados señalan la necesidad de adecuar el plan de intervención a esta nueva realidad de Silvia, no existe regla ni práctica que así lo haga necesario, quedando por lo general como una cuestión interna de funcionamiento del centro privativo de libertad su adaptación *de facto*. Si bien no es posible ser categóricos, para evitarse brechas con los *Estándares* en materia de puesta al día de los planes de intervención implementados en los centros privativos de libertad de régimen cerrado, debiesen generarse normas y prácticas que permitan revisarlos y actualizarlos cada vez que cambien las circunstancias.

INFORME DE COSTA RICA - DR. CARLOS TIFFER¹ - UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

PRESENTACIÓN

Uno de los institutos particulares del Derecho Penal Juvenil son las sanciones penales juveniles. Esto, por cuanto, a diferencia del Derecho Penal de Adultos, aquel se caracteriza por un amplio catálogo, en donde priman las sanciones socioeducativas, las órdenes de orientación y supervisión sobre las privativas de libertad. Estas últimas se rigen, además, por el principio de la *ultima ratio* y su duración debe ser por el menor tiempo posible. Otra importante particularidad de las sanciones penales juveniles es su finalidad. Una sanción sin una finalidad no se justifica en un verdadero Estado de derecho; la sanción es solo un medio para buscar fines superiores. Cuando se juzgue a una persona menor de edad, lo ideal y recomendable es que el proceso se desjudicialice, a través de los medios informales (por ejemplo: conciliación, suspensión, reparación) y que solo los casos que realmente lo ameriten concluyan en un juicio y con una sanción.

Esta eventual sanción debe fundamentarse primordialmente en los fines de prevención especial positiva, en propósitos socioeducativos, que tengan como objetivo central la reinserción social y familiar de los adolescentes, no su exclusión, pero sobre todo deben buscar evitar el inicio de una carrera delictiva.

Otra característica particular de las sanciones penales juveniles es precisamente su determinación. Tema amplio y complejo, que involucra criterios teóricos, jurisprudenciales, legislativos, prácticos y formativos de

¹ Profesor del Posgrado en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica.

los sujetos procesales, particularmente de los jueces. Precisamente, porque la determinación en principio es una labor eminentemente jurisdiccional, aunque sometida a requisitos de fundamentación y revisión por medio de recursos legales ordinarios e incluso extraordinarios. Todo con el objetivo central de escoger la sanción más idónea en cada caso en concreto y que busque satisfacer los fines establecidos por ley, combinando aspectos subjetivos, tales como características personales de los adolescentes, con aspectos objetivos, como la gravedad de los hechos o el tipo de delito.

En el caso costarricense contamos con una legislación especializada en materia penal juvenil desde 1996 y una amplísima jurisprudencia sobre el tema, la cual no es fácil de resumir ni exponer en toda su magnitud.

Para la elaboración del presente informe, nos hemos guiado, en primer lugar, por el marco legislativo, especialmente la Ley de Justicia Penal Juvenil y la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles; luego por la jurisprudencia más relevante encontrada y la comparación con los *Estándares Comunes para Iberoamérica sobre Determinación y Revisión Judicial de las Sanciones Penales de Adolescentes* (2019).

Para la elaboración del presente informe he utilizado la estructura temática propuesta, para ir dando respuesta a cada una de las preguntas y la resolución de los casos. En la segunda parte conté con la valiosa colaboración del Lic. Luis Gerardo Villalobos Corrales, abogado de amplísima experiencia en la materia penal juvenil y coordinador *a. i.* de la Unidad de Defensa Pública Penal Juvenil del Poder Judicial, quien gentilmente respondió los casos presentados con la autoridad sobre todo de su experiencia profesional, conforme se había recomendado en el instructivo de la presente investigación. Además, el licenciado Villalobos Corrales me proveyó de la jurisprudencia más actualizada en la materia de la determinación de las sanciones, por lo que dejo constancia de mi agradecimiento por su importante colaboración para la presentación de este informe de Costa Rica.

Primera parte: Descripción y reconstrucción de la jurisprudencia y la práctica judicial (o regulación legal). Estándares relevantes para el informe.

i) Antecedentes: marco legal de la determinación y revisión judicial de las sanciones penales de adolescentes (ley especial, aplicación subsidiaria de legislación común, posibles normas administrativas aplicables en la ejecución)

La determinación de las sanciones penales juveniles en Costa Rica se realiza por medio de una legislación especializada para menores de edad. La Ley de Justicia Penal Juvenil de 1996 (en adelante, LJPJ) regula en su artículo 122 los criterios que deben considerar los jueces para establecer el tipo de sanción y su *quantum*.²

Se trata de una actividad eminentemente jurisdiccional; una vez acreditada la culpabilidad del menor de edad, el juez debe orientarse, siguiendo el orden establecido en la legislación especializada y primero considerando la vida del menor de edad antes del hecho cometido, solo en cuanto le beneficie y esto le ayude al juzgador a determinar la sanción más idónea. Luego debe quedar clara y fuera de toda duda la comprobación del delito imputado y el grado de participación del menor de edad. El Ministerio Público tuvo que haber acreditado la existencia del hecho delictivo y la participación del menor de edad en esos actos punibles. Al juez le compete la escogencia de la sanción, una vez hecho el juicio de culpabilidad, y, en el Derecho Penal Juvenil (en adelante, DPJ), la sanción puede ser menor que la culpabilidad, justificado en los fines de prevención especial positiva. Se trata de una combinación entre aspectos subjetivos, atinentes a las características del adolescente, y aspectos objetivos, relacionados con los hechos y el delito atribuido.

Otro elemento muy importante que debe considerar el juez penal juvenil es la capacidad que tiene la persona menor de edad de cumplir la sanción impuesta. Se trata de seleccionar una sanción que el menor de edad pueda satisfacer, pueda consumir con éxito. Por esto aquella debe cumplir también con importantes principios de racionalidad, proporcionalidad y especialmente idoneidad.³ Particularmente este criterio de determinación

² **Artículo 122.- Determinación de la sanción aplicable.** *Para determinar la sanción aplicable se debe tener en cuenta: A) La vida del menor de edad antes de la conducta punible. B) La comprobación del acto delictivo. C) La comprobación de que el menor de edad ha participado en el hecho delictivo. D) La capacidad para cumplir la sanción; asimismo, la sanción proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de esta. E) La edad del menor y sus circunstancias personales, familiares y sociales. F) Los esfuerzos del menor de edad por reparar los daños.*

³ **Convención sobre los Derechos del Niño - Artículo 40.4:** *Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.*

de la sanción debe fundamentarse como requisito de validez de la sanción impuesta.

En la práctica del sistema de justicia penal juvenil costarricense, para la imposición de una sanción privativa de libertad contra un menor de edad, la más grave prevista en la ley, los jueces cuentan con informes periciales psicológicos y de trabajo social sobre otro de los criterios de determinación, como son las circunstancias personales, familiares y sociales del menor de edad. Además, deben orientar al juez en la selección de una u otra sanción del amplio catálogo de sanciones establecidos en la LJPJ,⁴ los esfuerzos que ha realizado la persona menor de edad por reparar el daño causado.

El juez penal juvenil no solo debe guiarse por estos criterios, sino sobre todo por el contenido y la finalidad de las sanciones penales juveniles, que le confieren un carácter especial y diferente de las penas impuestas a los adultos. Lo que se pretende es adecuar lo mejor posible la sanción penal juvenil, atendiendo primordialmente a la finalidad educativa, lo que se logra a través de una correcta determinación de la sanción. Por esto, es tan importante relacionar el tema de los fines de la sanción con los criterios de determinación, lo que debe materializarse en el ámbito de la ejecución de las sanciones.

Contra la sentencia penal juvenil procede el recurso ordinario de apelación.⁵ Al ser un recurso ordinario, permite la revisión integral de fallo; es

⁴ **Artículo 121.- Tipos de sanciones.** *Verificada la comisión o la participación del menor de edad en un hecho delictivo, el Juez Penal Juvenil podrá aplicar los siguientes tipos de sanciones: a) Sanciones socio-educativas. Se fijan las siguientes: 1.- Amonestación y advertencia. 2.- Libertad asistida. 3.- Prestación de servicios a la comunidad. 4.- Reparación de los daños a la víctima. b) Órdenes de orientación y supervisión. El Juez Penal Juvenil podrá imponer las siguientes órdenes de orientación y supervisión: 1.- Instalar en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él. 2.- Abandonar el trato con determinadas personas. 3.- Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados. 4.- Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio. 5.- Adquirir trabajo. 6.- Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicas que produzcan adicción o hábito. 7.- Ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas. c) Sanciones privativas de libertad. Se fijan las siguientes: 1.- Internamiento domiciliario. 2.- Internamiento durante tiempo libre. 3.- Internamiento en centros especializados.*

⁵ **Artículo 115 bis.- Recurso de apelación de sentencia penal juvenil.** *El recurso de apelación de sentencia penal juvenil permitirá el examen integral del fallo en el juzgamiento de los delitos, cuando la parte interesada alegue inconformidad con la determinación de los*

decir, de los hechos, las pruebas y la sanción impuesta. Particularmente es motivo de apelación la fundamentación jurídica y la fijación de la sanción. Tal y como lo resolvió el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal Juvenil, en el voto 658-15 de las 8:55 horas de 27 de mayo del 2015: “ (...) *la imposición de la sanción en la jurisdicción penal juvenil obliga a realizar un análisis particular y más detallado del quantum a imponer, cuya finalidad es primordialmente educativa en armonía con los principios rectores de la Ley de Justicia Penal Juvenil –la protección integral del menor, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad– (...)*”.⁶

En principio, la determinación de las sanciones penales juveniles debe interpretarse conforme lo regula esta legislación especializada y de acuerdo con las reglas de interpretación y aplicación establecidas.⁷ Sin embargo, también está prevista la aplicación de leyes supletorias, solo cuando no se encuentre de manera expresa regulado en la LJPJ.

Por último, la ejecución de las sanciones penales juveniles se encuentra también regulada por una legislación especializada desde 2005 y se aplica a todas las sanciones penales juveniles, Ley N° 8.460, de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles.

ii) Compatibilidad general o tensiones (“brechas”) entre los presupuestos del sistema de determinación y revisión judicial de sanciones aplicado por los tribunales en el país, por una parte, y los principios y definiciones generales propuestos por los Estándares Comunes, por la otra. Estándares 1 e), 3 c), 5 d) y 6

hechos, la incorporación y valoración de la prueba, la fundamentación jurídica o la fijación de la pena. El tribunal de alzada se pronunciará sobre los puntos que le sean expresamente cuestionados, pero declarará aun de oficio, los defectos absolutos y quebrantos al debido proceso que encuentren en la sentencia.

⁶ Ver, además, el voto del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, sentencia N° 2014-0094 de las 15:50 horas, de 27/02/2014, en donde se desarrolla un concepto amplio de la determinación de las sanciones, su relación con los principios rectores de la justicia juvenil y la finalidad de las sanciones penales juveniles.

⁷ **Artículo 8.- Interpretación y aplicación.** *Esta ley deberá interpretarse y aplicarse en armonía con sus principios rectores, los principios generales del derecho penal, del derecho procesal penal, la doctrina y la normativa internacional en materia de menores. Todo ello en la forma que garantice mejor los derechos establecidos en la Constitución Política, los tratados, las convenciones y los demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Costa Rica.*

Tal y como quedó explicado anteriormente, la LJPJ establece criterios de determinación de las sanciones penales que deben orientar a los jueces penales juveniles. Sin embargo, estos resultan ser muchas veces demasiado amplios. Nunca son unívocos y frecuentemente presentan problemas de interpretación. Incluso, muchas veces se producen dificultades para conciliar uno u otro criterio. Tal es el caso de los señalamientos que se hacen de que el juez debe considerar, por un lado, la gravedad del hecho y, por el otro lado, las posibilidades de reinserción social. Sin embargo, estas dificultades de interpretación no significan que no se puedan dar criterios seguros para determinar la sanción.

Particularmente en relación con la justicia juvenil, la finalidad de la sanción con fines de prevención especial positiva debe orientar en todo caso al juez en la determinación de la sanción. Además de la aplicación del ya mencionado principio de proporcionalidad, que nos sirve principalmente para la justicia en el caso en concreto, se deben considerar siempre los subprincipios de la necesidad y la idoneidad de la sanción escogida.

En materia penal juvenil, también el juez se enfrenta a los dilemas de la determinación de la sanción con que se enfrentan los jueces de adultos, los cuales versan sobre otorgarle mayor relevancia al hecho o a las condiciones subjetivas del autor, como se mencionó anteriormente. Solo a través de la ponderación y el equilibrio que se debe buscar en la armonización de los principios de la prevención general y de la prevención especial, podemos encontrar una respuesta satisfactoria, aunque lo conveniente sería la prevalencia de los criterios de prevención especial sobre los de prevención general.

En todo caso, siempre hay que considerar que los fines en general de la justicia penal juvenil tienen que ser muy modestos. Y no pretender, a través de la justicia juvenil y menos a través de las sanciones, subsanar las deficiencias sociales, educativas o conductuales de los adolescentes.

También esta amplitud de criterios para la determinación de las sanciones provoca que se presenten dificultades prácticas, como por ejemplo diferentes sanciones para hechos similares. Es frecuente la queja por parte de los sentenciados, jóvenes o adultos, sobre la diferente respuesta o sanción por hechos similares o equivalentes. Estos problemas prácticos también deben enfrentarse, y la mejor propuesta de solución sin duda se encuentra en la capacitación, particularmente de los jueces, y en los criterios unificadores de la jurisprudencia, los cuales deben encontrarse debidamente fundamentados en la sentencia.

Precisamente para superar estas dificultades, de amplitud de los criterios de determinación, debe la sentencia cumplir con el requisito de la debida fundamentación. Como se indicó, contra la sentencia del juez penal juvenil procede el recurso de apelación y la falta de fundamentación del fallo es uno de los motivos más frecuente por los que se apela.

El Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal Juvenil ha desarrollado una amplia jurisprudencia sobre la fundamentación de la sentencia, que se recoge en el voto 2017-393 de las 10:45 horas de 10.11.2017 y establece los requisitos que debe cumplir una sentencia penal juvenil para estar debidamente fundamentada. Expresamente se indicó:

*“Sobre la alegada falta de fundamentación de la resolución impugnada, conviene señalar en primer término que esta, de conformidad con lo establecido en el numeral 142 del Código Procesal Penal, es la obligación constitucional (debido proceso) de exponer y decir por qué se toma determinada decisión, tanto los fundamentos de hecho como de derecho, exponiendo el valor que se le dio a cada medio de prueba y el camino respetuoso de las Reglas de la Sana Crítica Racional que llevó a determinada conclusión. **Esa motivación consiste en la exposición del conjunto de razonamientos utilizados por el juzgador para tener por ciertos hechos concretos, aplicar una norma jurídica o arribar a una específica conclusión, permitiendo de esta forma el control y transparencia en su actuar. Partiendo de lo que debe ser una adecuada fundamentación en principio, debe agregarse que esta también ha de ser expresa (no debe remitir a las constancias del proceso o realizar una alusión global a la prueba rendida. Señalar expresamente en base a cuáles pruebas se rinde el fallo, no enumerarlas, analizarlas), clara (ideas expresadas en la fundamentación deben ser entendibles para quien las lea o escuche), completa (debe referirse a todos los puntos decisivos de la resolución. Analizar todos los argumentos dados por todas las partes, toda la prueba relevante, entrelazada), legítima (debe basarse en pruebas válidas y no omitir esenciales, y en normas correctamente aplicadas), concordante (el elemento de convicción invocado y valorado para tener como probado o no un hecho debe corresponder a ese hecho), no contradictoria (nada puede ser y no ser al mismo tiempo), y lógica. [Nomenclatura desarrollada por procesalista Fernando de la Rúa] Cumpliendo cada uno de estos requisitos, la resolución o sentencia debería bastarse a sí misma, siendo que en el caso particular bajo análisis, puede concluir este tribunal de alzada que la resolución cuestionada sí cumple con cada uno de los elementos recién expuestos y además es respetuosa de los principios informadores de la jurisdicción penal juvenil, especialmente del fin socio educativo de la sanción y el objetivo de la ejecución de esta”.***

Se observa en el sistema penal juvenil de Costa Rica una clara distinción entre el sistema de justicia penal juvenil y el sistema de protección.⁸ Se trata de otra jurisdicción, otros jueces, otra jurisprudencia y particularmente otra materia; la justicia penal juvenil tiene como presupuesto la comprobación de la comisión o participación de un menor de edad en un delito. Igualmente, la determinación de las sanciones penales juveniles se realiza con plena independencia de la justicia penal de los adultos, fundamentado en el principio de justicia especializada que rige la jurisdicción penal juvenil.

iii) Grado de consistencia o existencia de brechas en relación con la proporcionalidad entre la sanción y el delito. Estándares 10 (a-b), 11 (a-c), 12 (b-c) y 13

El cumplimiento del principio de la proporcionalidad resulta fundamental para la determinación de la sanción penal juvenil. La proporcionalidad es una categoría jurídica desarrollada particularmente por el Derecho Constitucional y busca equilibrar el dilema de la protección de los bienes jurídicos a través de limitaciones a los derechos fundamentales. La proporcionalidad funciona como un principio para establecer límites a los abusos del poder estatal, por lo que actualmente se considera una garantía para los derechos de las personas. En pocas palabras, la proporcionalidad no es otra cosa que la prohibición de excesos por parte del Estado, especialmente cuando utiliza el Derecho Penal.

La proporcionalidad contiene dos subprincipios fundamentales que tienen plena vigencia en el Derecho Penal Juvenil: la idoneidad y la necesidad. El primero hace referencia a la obligatoriedad de todos los poderes públicos de cumplir en su funcionamiento con los fines que se persiguen. De ahí que toda actividad pública se encuentre constitucionalmente obligada a respetar el principio de idoneidad en la creación y aplicación normativa. Es por esto que la idoneidad de un acto siempre debe ser considerada en la medida en que se adecue a los fines propuestos en la norma. Por su parte, el subprincipio de la necesidad entiende que cualquier actividad pública debe realizarse procurando la menor afectación de los derechos de los ciudadanos y que los poderes del Estado deben escoger, entre todas las medidas posibles aplicables, las que menos afecten derechos fundamentales. Tanto la idoneidad como la necesidad deben justificarse y fundamentarse para

⁸ Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 7739, vigente desde el 6 de febrero de 1998.

que la actividad pública sea acorde a la proporcionalidad y consecuente con la Constitución.

En la Justicia Penal Juvenil y particularmente en la determinación de la sanción, la aplicación del principio de la proporcionalidad, lo mismo que de los subprincipios de la idoneidad y de la necesidad, resulta indispensable. Todos ellos deben reflejarse siempre al momento de que el juez determine la sanción, es decir, en su sentencia condenatoria. La escogencia del tipo de sanción y el monto de esta sanción deben ser proporcionales. El juez debe escoger, entre la amplia gama de sanciones penales juveniles, las que menos afecten los derechos fundamentales de los jóvenes y las que mejor cumplan los fines que se persiguen. Si la sanción penal juvenil no cumple con el principio de la proporcionalidad, sería contraria a la Constitución. La sentencia tendría el vicio o defecto, muy común por cierto, de falta de fundamentación o una fundamentación errónea.

Pero la proporcionalidad también nos sirve para determinar la sanción caso a caso y para poner en vigencia el principio de la justicia en la causa en concreto. Junto con la culpabilidad, en donde indicamos que el juez debe combinar factores como la gravedad del hecho y las condiciones personales del autor, también se deben considerar muy especialmente la idoneidad y necesidad de la sanción penal juvenil. Solo con la combinación de estos tres factores: gravedad del hecho, condiciones personales y proporcionalidad, nos garantizamos el cumplimiento de los fines de la sanción penal juvenil. Lo mismo que una correcta determinación de la sanción.

Sobre el principio de proporcionalidad a la hora de imponer una sanción penal juvenil, el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal Juvenil ha incorporado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia 2019-003 de 4.01.2019, en la que establece:

En ese orden de ideas la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mendoza y Otros vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013, párrafo 151, ha dicho: En relación con el tema específico planteado en el presente caso, directamente relacionado con la imposición de sanción penal a niños, la Convención Americana no incluye un listado de medidas punitivas que los Estados pueden imponer cuando los niños han cometido delitos. No obstante, es pertinente señalar que, para la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por un niño, opera de manera relevante el principio de proporcionalidad. Conforme a este principio debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan

cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad. También respecto de los fines que debe buscar la respuesta punitiva en materia penal juvenil, el principio de proporcionalidad y el papel que juega en la fijación de la sanción las condiciones personales de la persona juzgada, se ha resuelto que ‘La sanción penal juvenil, en cualquiera de los supuestos que se la considere, implica afectación de la esfera jurídica de la persona menor de edad juzgada y sancionada, de ahí que siempre tendrá la connotación de un castigo, de una retribución por el mal causado por el delito o contravención, a la persona joven responsabilizada como autora del mismo. Dicha connotación (retributiva de la sanción) resulta extraña a los fines declarados por la Ley de Justicia Penal Juvenil (...)’ (voto 2014-527 de las 09:45 horas de 17 de noviembre de 2014).

Se observa que en la jurisprudencia estudiada para el presente informe, sobre todo en la de Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal Juvenil, no parece encontrarse ninguna brecha en relación con el principio de la proporcionalidad entre la sanción y el delito. Concretamente, que se haga mayor énfasis en la culpabilidad como disvalor de la conducta que en el resultado, o que se recurra a fines simbólicos como la seguridad ciudadana para fundamentar una sanción penal juvenil. Tampoco que se realicen consideraciones especiales de severidad para las personas menores de edad en comparación con los adultos.

iv) Grado de consistencia o existencia de brechas en relación con la proporcionalidad entre la sanción y las circunstancias del adolescente. Estándar 16

El principio de la proporcionalidad resulta fundamental para la determinación de la sanción, particularmente en materia penal juvenil. Es igual de relevante que las circunstancias personales de los adolescentes, criterios que se encuentran, como se indicó, regulados en la legislación costarricense. Dentro de este último criterio, la circunstancia de que el menor de edad haya cometido un delito previo no desempeña en el caso de Costa Rica un criterio o rol relevante para la determinación de la sanción, ya que no existe un registro judicial de procesos o condenas contra menores de edad. Al no haber un registro de antecedentes penales juveniles, no podría un juez fundamentar una sanción en la circunstancia personal de comisión de delitos anteriores por parte del menor de edad. Por ejemplo, en criterios de reiteración delictiva o de reincidencia delictiva.

La razón principal para la inexistencia del registro, además del carácter estigmatizante y de etiquetamiento, es que se entiende al delito juvenil como un episodio de juventud, y no como el inicio de una carrera delictiva.

Las conductas transgresoras, incluso las delictivas, de los adolescentes deben considerarse comportamientos desviados con carácter episódico. Esto significa, en primer lugar, que es un porcentaje muy pequeño de la totalidad de la población adolescente la que muestra estos comportamientos desviados, algunos con características de delito. Y, en segundo lugar, de esta población que transgrede la ley penal, dicho comportamiento desviado es solo un pasaje, un capítulo, una experiencia en su proceso de desarrollo durante toda la vida. Es decir, no significa el inicio de una carrera criminal, sino que se trata de una conducta ocasional. En la mayoría de los casos, los adolescentes superan estos episodios, integrándose normalmente en sus familias y en la sociedad.

Otro argumento importante relacionado con lo episódico de las conductas delictivas juveniles es la menor gravedad de los delitos que cometen los adolescentes en comparación con los adultos, lo cual debe considerarse siempre ante cualquier reacción estatal, como la propuesta mencionada. Casi el 80% de la totalidad de los delitos cometidos por personas menores de edad son delitos contra la propiedad (robos y hurtos), y solo un porcentaje muy pequeño son delitos que pudiéramos considerar graves, como homicidios, delitos sexuales, secuestros o delitos relacionados con el narcotráfico.

La mayoría de la criminalidad juvenil es de una muy baja peligrosidad o, si acaso, de una mediana peligrosidad. Pero el efecto de alarma social que produce un hecho delictivo cometido por un menor de edad, más si es un hecho grave como un homicidio, es mucho mayor en comparación con el de un adulto. Es por esta y otras razones, a las que no me puedo referir por cuestiones de espacio, que la justicia juvenil debe cumplir rigurosamente con el principio de la proporcionalidad, y debe ser una justicia con mayor indulgencia, menos represiva, más benigna, más preventiva, más reparadora, en comparación con la justicia penal de los adultos.

Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal Juvenil, que indicó en el voto 2018-62:

“Como ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina y en particular por esta Cámara con sus diversas integraciones, la forma en la cual reacciona el Estado ante el delito juvenil, es lo que marca la principal diferencia entre la justicia penal juvenil y la justicia penal ordinaria. Las condiciones y circunstancias particulares de las personas menores de edad, como lo son

*el estadio en el desarrollo moral, social, físico y biológico en que se encuentran en razón de su edad, el entorno social en el cual se desenvuelven, la situación concreta de sus derechos y su dependencia frente a los adultos para lograr materializar algunos de ellos, lo cual los coloca en una condición de vulnerabilidad, suponen diferencias esenciales con respecto a las personas adultas que infringen la ley, e inciden en la forma de responder a las conductas delictivas de las personas menores de edad. **La especialidad del derecho penal juvenil es un principio que transversaliza todo el proceso, lo cual implica que no es solo la adaptación del proceso penal de adultos, sino que supone un conjunto de principios y fines rectores que determinan los roles de los intervinientes del proceso, los institutos dentro de éste y los instrumentos a los cuales el sistema penal acude para lograr la finalidad, principalmente socioeducativa de la intervención jurídico penal**".*

v) *Grado de consistencia o existencia de brechas específicamente en relación con la imposición de sanciones. Estándares 18 (a-d), 19 (a-b) y 20*

En el caso de Costa Rica, los criterios de determinación de las sanciones penales juveniles están establecidos expresamente en la legislación especial, tal y como se indicó anteriormente, al inicio de este informe. Aunque, como también se señaló, suelen ser, como es común en casi todas las legislaciones, amplios e imprecisos, son criterios mínimos que deben orientar al juzgador. En general, el sistema de determinación es bastante amplio en comparación con el derecho penal de los adultos. Dos características relevantes sobresalen en el sistema de justicia penal juvenil: no está determinado un tipo de sanción para un delito en particular y tampoco existen mínimos en las sanciones. Al contrario de lo que sucede en la justicia penal ordinaria para adultos, en donde para determinado delito corresponde una pena, generalmente de prisión y con un marco penal de mínimos y máximos.

En la justicia penal juvenil costarricense se le presenta a juez un catálogo amplio de sanciones, como las ya señaladas y debe escoger de acuerdo con los criterios de determinación, así como con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, la sanción o sanciones aplicables al caso en concreto. Especialmente atendiendo a la finalidad de la sanción, es decir, a su carácter primordialmente educativo. De ahí la dificultad y relevancia de la determinación de la sanción en la justicia penal juvenil en comparación con la justicia penal de adultos.

La siguiente jurisprudencia del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, voto 2018-188 de las 16:05 horas de 17.07.2018, así lo confirma:

“El principio de proporcionalidad, como es de todos conocido, contiene a su vez 3 subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Una sanción puede ser desproporcionada cuando es inidónea para alcanzar el fin educativo de la sanción penal juvenil (reinserción social y familiar, así como el logro de un proyecto de vida constructivo). Igualmente la desproporcionalidad de la respuesta punitiva puede deberse a la violación del subprincipio de necesidad o intervención mínima, que se produce cuando la elección del tipo de sanción y o el quantum de la misma, a la luz del caso concreto, produce una afectación de derechos de la persona sancionada excesiva, en el tanto, los fines de la justicia penal juvenil podrían lograrse a través de sanciones más leves o por plazos inferiores. Por último, la sanción puede resultar desproporcionada, cuando a la luz del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, implica un exceso de la intervención del Estado, lo que se determina realizando una ponderación de la gravedad del injusto penal sancionado, en relación con los efectos que la sanción causa a la persona menor de edad, responsabilizada penalmente como autor o partícipe de un delito o contravención. Desde esta última perspectiva, el principio de proporcionalidad se constituye en un límite máximo que no puede ser superado por el Estado, al momento de determinar la sanción, pero no en un límite mínimo que impida una sanción inferior o incluso que se renuncie a la misma, lo cual incluso así lo acepta o entiende el Fiscal que acudió a la audiencia oral, en otras palabras, habría desproporcionalidad cuando se incurre en exceso al determinar la sanción, mas no cuando es por defecto, es decir, cuando la sanción resulte ser ínfima o incluso cuando no se recurra a ésta”.

Esta amplitud del sistema costarricense para la determinación de las sanciones penales juveniles tiene límites legales cuando se impone una sanción privativa de libertad. Se trata de la sanción más grave y los efectos que tiene la reclusión en una persona menor de edad resultan determinantes para su futuro. De ahí la justificación de límites a la discrecionalidad de los jueces. Estos límites se resumen de la siguiente forma:

A) Es de carácter excepcional; siempre debe descartarse las otras sanciones no privativas de libertad.

B) Solo procede para delitos dolosos, nunca para delitos culposos o por imprudencia.

C) El delito debe tener una pena superior a seis años en el Código Penal o leyes especiales.

D) Nunca podría aplicarse cuando no proceda para un adulto.

E) Solo puede aplicarse cuando se hayan incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión.⁹

Al ser la sanción más gravosa, el juez encuentra límites fijados por ley y debe además cumplir con el requisito de la fundamentación. Criticable de esta sanción son los límites máximos de duración; de 15 años para menores entre 15 y menos 18 años, y 10 años para menores entre 12 y menos 15 años, lo cual contradice los fines de las sanciones penales juveniles y sin duda se convierten en un verdadero obstáculo para la reinserción social.

vi) Grado de consistencia o existencia de brechas específicamente en relación con la revisión judicial de la sanción durante su ejecución. Estándares 21, 22 (en relación con el 17), 23, 24 (a-b), 25 (a-b) y 26

En Costa Rica, desde el año 2005 la ejecución de todas las sanciones penales juveniles se encuentra regulada por la Ley N° 8.460, de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, vigente desde el 28 de noviembre de ese año. La regulación legal de la ejecución de las sanciones, o propiamente las relaciones entre sentenciado y poder público, ha sido muy escasa en nuestro medio. Tan es así que aún no existe una ley de ejecución penal para adultos, pese a señalarlo el Código Penal. La LJPJ fue la primera ley que reguló con mayor amplitud la ejecución de las sanciones penales juveniles, para, así, dar cumplimiento también al principio de legalidad durante la ejecución.

Si bien la ejecución y cumplimiento de cualquier sanción penal está a cargo del Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Justicia y Gracia, el control de esta delicada función debe estar en manos del Poder Judicial, por medio de los Juzgados de Ejecución Penal. Y aunque la LJPJ regula la ejecución, su normativa está orientada particularmente a la sanción priva-

⁹ **Artículo 131.- Internamiento en centro especializado.** La sanción de internamiento es una privación de libertad de carácter excepcional. Pueden ser aplicada sólo en los siguientes casos: a) Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superiores a seis años. b) Cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas. La medida de internamiento durará un período máximo de quince años para menores entre los quince y los dieciocho años, y de diez años para menores con edades entre los doce y los quince años. El Juez deberá considerar el sustituir esta sanción por una menos drástica cuando sea conveniente. La medida de privación de libertad nunca podrá aplicarse como sanción cuando no proceda para un adulto, según el tipo penal. Al aplicar una medida de privación de libertad, el juez deberá considerar el período de detención provisional al que fue sometido el menor de edad.

tiva de libertad en centro especializado, solo un tipo de sanción de todo el cuadro amplio de sanciones que la ley ofrece (ver art. 121 LJPJ). Por esto, entre otros motivos, se propuso, desde el 6 de noviembre del año 1997, un proyecto de ley de ejecución penal juvenil que regulara la totalidad de las sanciones penales juveniles.

Este proyecto de ley se convirtió en ley de la República con su publicación el 28 de noviembre del 2005 (Ley N° 8.460). En su artículo 8, claramente se establece el objetivo de la ejecución de las sanciones penales juveniles.¹⁰ Con esta ley no solo se le da cumplimiento efectivo al principio de legalidad durante la ejecución, sino que también esta permite una mayor efectividad del principio educativo como fin de las sanciones penales juveniles, dándole coherencia a la política criminal del Estado.

Igualmente se encuentra regulado por ley que la ejecución de cualquier sanción debe realizarse por medio de un plan de ejecución individual para cada adolescente.¹¹

Para lograr el éxito en los objetivos propuestos para las sanciones penales juveniles, su ejecución debe ser llevada a cabo por personal calificado con experiencia en trabajo con población adolescente, preferiblemente en conflicto con la ley penal. Además, se requiere que este personal elabore un plan individual de ejecución para cada adolescente, es decir, un programa exclusivo para cada sentenciado, ya que cada adolescente tiene necesidades y capacidades diferentes, que deben ser suplidas y desarrolladas en forma individual.

Lo óptimo sería que los funcionarios del Ministerio de Justicia, cuando sea posible, realicen este plan de ejecución conjuntamente con el adolescente y su familia. Esto permitirá conocer mejor todas las áreas específicas de

¹⁰ **Artículo 8.- Objetivo de la ejecución.** Durante el cumplimiento de la sanción, deberán fijarse y fomentarse las acciones necesarias que le permitan, a la persona joven sometida a algún tipo de sanción, su desarrollo personal permanente, su reinserción en la familia y la sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades y sentido de responsabilidad. Deberán brindarse, además, los instrumentos necesarios para la convivencia social, de manera que la persona joven pueda llevar una vida futura exenta de conflictos de índole penal; para ello, cada institución del Gobierno y las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro, deberán garantizar los programas, proyectos y servicios destinados a la población sujeta a esta Ley.

¹¹ **Artículo 134.- Plan de ejecución.** La ejecución de las sanciones se realizará mediante un plan individual de ejecución para cada sentenciado. Este plan comprenderá todos los factores individuales del menor de edad para lograr los objetivos de la ejecución. El plan de ejecución deberá estar listo a más tardar un mes después del ingreso del sentenciado al centro de detención.

la personalidad del adolescente y desde luego provocar una intervención activa, participativa y voluntaria del adolescente en la ejecución del plan individual. El plan de ejecución, sobre todo, no debe afectar más derechos que los limitados en la sentencia; cualquier extralimitación en la afectación de derechos violaría el principio de legalidad en la ejecución de la sentencia. Este control debe realizarlo el juez de ejecución penal juvenil, quien además debe velar por que el programa busque cumplir con los fines educativos, de reinserción familiar y social, de las sanciones penales.

El plan individual de ejecución debe seleccionar los programas públicos o privados en los cuales puede participar el adolescente. No se debe pensar que, para la ejecución de las sanciones penales juveniles, se requiere complejas infraestructuras (modernos centros de detención) o amplias redes de asistencia social. Se debe pensar, en primer lugar, en la utilización de los recursos disponibles y no crear duplicidad de programas “exclusivos” de atención a la población penal juvenil. Por el contrario, utilizar los recursos educativos o formativos normales, los programas de trabajo comunal y las iniciativas privadas de apoyo y ayuda, darán mayor éxito a menor costo económico. Desde luego, dentro del contexto del plan de ejecución debe haber propuestas de educación alternativas para satisfacer las necesidades individuales antes mencionadas. Este plan individual de ejecución debe realizarse en todos los tipos de sanciones penales juveniles, y no solo en la sanción de privación de libertad en centro especializado.

Por los objetivos en que se basan estas sanciones, es claro que el plan individual debe ser flexible y modificable, lo que conlleva desde luego a una evaluación periódica y constante. El criterio que debe prevalecer es el de los técnicos, expertos, responsables de lograr los objetivos propuestos. Si estos cambios implican restricciones de derechos o afectaciones a los objetivos mismos de la ejecución, según criterio del adolescente o su defensor, puede gestionarse su control por parte del juez de ejecución penal juvenil.

En el caso costarricense, la legislación prevé la sustitución o término anticipado de la sanción.¹² Uno de los principios que rige las sanciones penales juveniles es el principio de flexibilidad. La flexibilidad permite que el juez pueda aplicar sanciones simultáneas, sucesivas o alternativas,

¹² El artículo 123 de la LJPJ establece: “(...) La aplicación de las sanciones podrá ordenarse ya sea en forma provisional o definitiva. Las sanciones podrán suspenderse, revocarse o sustituirse por otras más beneficiosas. El juez podrá ordenar la aplicación de las sanciones previstas en esta ley en forma simultánea, sucesiva o alternativa”.

lo cual debe estar acorde con el principio de proporcionalidad y sobre todo con el subprincipio de necesidad.

En la medida en que estas sanciones, simultáneas, sucesivas o alternativas, no resulten en primer lugar acorde con la gravedad del hecho y el principio educativo, serían desproporcionales e innecesarias, y, por consiguiente, contrarias a los fines propuestos en la LJPJ. Podríamos caer en un excesivo control social, lo cual resulta inconveniente también para el desarrollo de los adolescentes. Presentar los fines de la sanción penal en general, y en particular de las sanciones penales juveniles, nos lleva inevitablemente a la problemática de los fines del DPJ, lo cual también se encuentra vinculado con el modelo de justicia juvenil, particularmente el modelo responsabilizador que se encuentra vigente tanto en Costa Rica como en la mayoría de los países de la región latinoamericana.

Lo primero que deberíamos de plantearnos es cuáles son los fines que se están persiguiendo con el DPJ, si este Derecho debería de estar estructurado de manera diferente al Derecho Penal de Adultos (en adelante, DPA) y, también, si los fines que se persigue en la justicia penal de adultos son compatibles con la idea de un DPJ.

Actualmente, la respuesta a estas interrogantes sin duda resulta clara. La sola condición de los sujetos destinatarios del DPJ justificaría la organización de un Derecho Penal diferente al de los adultos, ya que los adolescentes se caracterizan por encontrarse en un proceso de formación; se ubican entre la edad de la niñez y la adultez. También referente a los fines que se persiguen en el DPJ, la sola condición de adolescentes obliga a que estos fines sean distintos a los de los adultos y que estén acordes con las condiciones subjetivas de los destinatarios de las normas penales juveniles.

Por último, como se indicó anteriormente, el incumplimiento injustificado de las sanciones no privativas de libertad puede significar la imposición de la privación de libertad del menor de edad, lo cual se rige por los siguientes aspectos: primero, debe quedar expresamente establecido y determinado en la sentencia condenatoria el *quantum* de la sanción privativa de libertad; segundo, debe realizarse en una audiencia con la participación del menor de edad y su defensor; y, tercero, debe quedar comprobación lejos de toda duda de que el incumplimiento es atribuible exclusivamente al menor de edad.

vii) Grado de consistencia o existencia de brechas específicamente en relación con la obtención y uso de información sobre las circunstancias del adolescente. Estándares 27, 28, 29 y 30 (a-c)

En Costa Rica, tanto en materia penal de adultos como de menores de edad rige el principio de libertad probatoria.¹³ En este sentido, los medios probatorios para comprobar la existencia de un hecho ilícito y la participación que tuvieran las personas menores de edad serán los mismos que en el proceso penal de adultos. Por lo anterior, es necesario que se cumpla con los requisitos básicos de legalidad y licitud de la prueba con relación a los fines y derechos que se consagran en la LJPJ.

Por otra parte, se conocen varios sistemas de valoración de la prueba, como por ejemplo la prueba tasada, la íntima convicción o valoración de conciencia y la sana crítica. La LJPJ se orienta por el sistema de la sana crítica, en el que se autoriza al juez para valorar libremente la prueba, siempre que respete las reglas de la lógica y de la experiencia. Por lo tanto, surge el deber para el juez de justificar y fundamentar las razones por las cuales se le otorga o niega a determinada prueba cierto valor, luego de la apreciación que se hace con relación al resto de ella.

En este sentido, hay ciertos conceptos que se deben resaltar con relación a los medios de prueba. El objetivo de los medios de prueba es fundamentalmente buscar la verdad material, la cual ha sido definida por la Sala Constitucional de la siguiente manera:

“Supuesto de la finalidad del procedimiento es ante todo lo averiguación real de los hechos, tanto el Ministerio Público como el juez tienen el deber de investigar esa verdad objetiva y diligentemente, sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba” [Sala Constitucional, Voto N° 1739-92. En LLOBET, J. (1998), p. 439].

Lo que se busca en cualquier proceso es resolver el asunto que ha provocado el litigio, según los hechos que han ocurrido. Para ello se puede recurrir a todos los medios de prueba (principio de libertad de la prueba), siempre y cuando sea lícita y producida acorde con los derechos constitucionales de todos los ciudadanos.

Respecto a la información de las características personales del adolescente, esta también se puede convertir en un medio de prueba. Los estudios

¹³ **Art. 54.- Medios probatorios.** Serán admisibles, dentro del presente proceso, todos los medios probatorios regulados en el Código Procesal Penal, en la medida en que no afecten los fines y derechos consagrados en esta ley. Las pruebas se valorarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

psicológicos o sociales del menor de edad se encuentran regulados en la LJPJ, artículo 93.¹⁴ Se utilizan de la siguiente manera;

A) Sólo cuando se ha presentado y admitido la acusación formal del Ministerio Público.

B) Cuando se estime *prima facie* la posible aplicación de una sanción privativa de libertad.

C) El juez deberá ordenar el estudio psicosocial, aunque desde luego pueden solicitarlo las partes, defensa y fiscalía.

D) Se trata de una pericia oficial del Departamento de Psicología y Trabajo Social del Poder Judicial que puede ser rebatida por pericias privadas.

Los estudios psicosociales deben ser la excepción y no la regla, llevándose a cabo solo cuando sean indispensable para los fines del proceso. No se explica en la LJPJ qué se entiende por “*prima facie*”; no se debe entender, por ningún motivo, un adelanto de criterio de parte del juez. Lo que debe orientar al juez para pedir este estudio son las circunstancias de los hechos acusados, lo mismo que la calificación legal que el Ministerio Público le ha otorgado a estos hechos, que, aunque sea provisional, sí puede servir de base, para presumir la posible aplicación de una sanción privativa de libertad.

Además, debe considerarse el artículo 131 de la LJPJ, que establece que la sanción de privación de libertad solo procede cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes penales especiales con pena de prisión superior a seis años. O bien cuando se hayan incumplido las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión. El estudio debe ser realizado de forma independiente, por profesionales en psicología y trabajo social. En este sentido, el Departamento de Trabajo Social del Poder Judicial se amplió con la LJPJ, ya que hubo que incorporar profesionales en psicología. Se trata de una pericia legal interdisciplinaria, pero respetando los campos de conocimiento, métodos y técnicas de cada una de las profesiones.

¹⁴ **Art. 93.- Estudio psicosocial.** *Admitida la procedencia de la acusación, en los casos en que “prima facie” se estime posible aplicar una sanción privativa de libertad, el Juez Penal Juvenil deberá ordenar el estudio psicosocial del menor de edad. Para tal efecto, el Poder Judicial deberá contar con unidades de profesionales en psicología y trabajo social. Las partes podrá ofrecer a su costa pericias de profesionales privados. Ese estudio es indispensable para dictar la resolución final, en los casos señalados en el párrafo primero de este artículo.*

Estos peritajes del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial pueden ser objetados y cuestionados por peritos privados, que pueden ofrecer las partes, principalmente la defensa. Se trata de “peritos de parte” que bien pueden rendir su opinión técnica oralmente o por escrito durante la audiencia de juicio. Es claro que los honorarios deben ser sufragados por la parte que ofrece este tipo de peritajes privados. Estos peritajes privados se fundamentan en el balance que deben tener las pruebas y en el “principio de igualdad de armas”, lo que promueve el principio del contradictorio. En las acusaciones por los delitos anteriormente expuestos, el peritaje resulta indispensable para el dictado de la sentencia, lo que significa también que el juez debe valorar esta prueba en la sentencia y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En el voto del antiguo Tribunal de Casación Penal, N° 206-04 Goicoechea, de las 9:34 horas de 4 de mayo de 2004, se dispuso que cabe únicamente la exigencia de someter al menor de edad imputado a examen psicológico cuando se encuentre en un proceso en el cual puede enfrentar una sanción de internamiento; es decir, privativa de libertad.

También están previstos estudios clínicos del adolescente para determinar y escoger por parte del juez la sanción más idónea para el adolescente y el caso en concreto.¹⁵ Estos estudios dependen generalmente de la estrategia de la defensa y su teoría del caso. Se trata de exámenes psiquiátricos, físicos y químicos; generalmente se utilizan para establecer algún problema de capacidad mental o de adicción a sustancias psicotrópicas.

No se encuentra prevista en la ley la utilización de este tipo de información sobre las características personales del adolescente para la aplicación de medidas cautelares. Sin embargo, nada impide, por ejemplo, que un defensor solicite este tipo de pericia o aporte una privada para oponerse a una medida cautelar de detención provisional. Aunque esta medida no es muy frecuente, salvo en casos graves de homicidios o robos con violencia o armas.

Debe tomarse en cuenta que en ningún caso los estudios físicos, psiquiátricos o de salud que se le practique a la persona menor de edad servirán como prueba para determinar su culpabilidad. El DPJ es, como el DPA

¹⁵ **Art. 94.- Estudio clínico.** Para determinar y escoger la sanción, el Juez podrá remitir al menor de edad al Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial, para que se le efectúen exámenes psiquiátricos, físicos y químicos; en especial, para detectar su adicción a sustancias psicotrópicas.

moderno, un derecho penal de culpabilidad, y no un derecho penal de autor, por lo que las características personales del autor no deben influir para la determinación de su culpabilidad y mucho menos servir de base para la imposición de una sanción o de su *quantum*.

Estos estudios, si se practican, deben ser para beneficio del acusado, y no para su perjuicio. La presunción de la capacidad para conocer la ilicitud del hecho delictivo no debe ser obstáculo para la determinación de los llamados trastornos mentales transitorios o definitivos, que afectan la culpabilidad del autor y que también son aplicables a los adolescentes.

Al igual que los estudios psicosociales, estos exámenes deben ser la excepción y solo cuando resulten necesarios; en este caso, para la determinación y escogencia de la sanción más idónea para cumplir con su finalidad. Siendo un catálogo tan amplio, puede ser de utilidad una orientación técnica, ya que la sanción debe también cumplir con el subprincipio de la idoneidad, con relación a la proporcionalidad de la sanción. Estos dictámenes deben utilizarse en armonía con el principio de interés superior del niño, nunca para perjudicar, sino para beneficiar a la persona menor de edad. Se trata de pericias médico-legales y, como tales, deben cumplir con los requisitos de todas las pericias legales. El juez está obligado a fundamentar la sanción; no solo el tipo de sanción, sino también su determinación o escogencia. Por lo que, si se apoya en este tipo de pruebas periciales, debe analizarlas bajo los parámetros de la sana crítica.

En el voto del antiguo Tribunal de Casación Penal, Goicoechea, N° 415-10 de las 15:00 horas de 15 de abril de 2010, se analiza el derecho que tiene el menor imputado de ser valorado por el médico forense para determinar su capacidad de culpabilidad. Obsérvese lo resuelto:

“Ahora bien, la defensa no alega que su defendido sea inimputable, sino que extrae del informe psicosocial la posibilidad de que este sufra de algún tipo de trastorno, por lo demás no probado en autos, de modo que no era indispensable la pericia requerida para resolver el fondo del asunto. Lo atinente a la imputabilidad fue examinado por el Tribunal de mérito, el cual concluyó que efectivamente el justiciable posee capacidad de culpabilidad, es decir, comprende la naturaleza de sus actos y puede determinarse de acuerdo con esa comprensión. En la especie la defensa no logra acreditar que la ausencia del examen psiquiátrico fuera imprescindible para la resolución del caso habiéndose demostrado la imputabilidad del acusado por parte del Tribunal, que concluyó que el mismo comprende la naturaleza de sus actos y es capaz de determinarse de acuerdo a esa comprensión, sobre lo cual no ha existido duda a lo largo del proceso. La recurrente sostiene que la consecuencia

penal de haberse efectuado la pericia psiquiátrica habría sido el dictado de un sobreseimiento definitivo. No obstante ello, para efectos de la inimputabilidad no solo se requiere el padecimiento de una enfermedad mental, sino que además esta impida a quien la padece comprender la antijuridicidad de sus actos y determinarse de acuerdo a esa comprensión”.

Sobre la especialización de los jueces o tribunales, Costa Rica cuenta con un sistema de justicia penal juvenil especializado, defensores, fiscales, y jueces de primera y segunda instancia especializados y electos por concursos.

Segunda parte: Casos prácticos para la comparación, y pauta para su análisis y decisión¹⁶

Caso 1

Preguntas

De acuerdo con la regulación legal, la jurisprudencia y la práctica judicial de su país:

¿Cuáles serían las principales consideraciones que el tribunal tendría en cuenta para decidir qué tipo de sanción impondrá a Juan? En particular, ¿qué incidencia tendría la circunstancia de que Juan ha reiterado en numerosas ocasiones conductas similares, siendo incluso condenado por algunas de ellas?

Respuesta: El ordenamiento jurídico costarricense no contempla un archivo judicial sobre los antecedentes penales (condenas) o soluciones alternativas para personas ofensoras menores de edad. No obstante, en la práctica judicial algunos operadores del sistema (trabajadores sociales, psicólogos, fiscales y jueces) tienen la inclinación a tomar en consideración como elementos de juicio la existencia de otros procesos judiciales (en trámite) y sentencias condenatorias en los que la persona ofensora también se ha visto involucrada.

El artículo 93 de la Ley de Justicia Penal Juvenil contempla la posibilidad de que la persona juzgadora ordene un estudio psicosocial; en la práctica, dicho estudio es realizado por personas profesionales del Departamento del Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial, las cuales intervienen en carácter de peritos para contestar preguntas de las partes o de la persona juzgadora en relación con condiciones cognitivas, volitivas, académicas,

¹⁶ La elaboración de esta segunda parte estuvo a cargo del Lic. Luis Gerardo Villalobos Corrales, Coordinador *a. i.* de la Unidad de Defensa Pública Penal Juvenil del Poder Judicial.

laborales, familiares o socioeconómicas de la persona menor de edad. En algunos de estos peritajes, los profesionales en trabajo social y psicología indagan sobre la existencia de otras denuncias en trámite o sobre la existencia de sentencias condenatorias en fase de ejecución. No obstante, nunca se indican los números de expedientes o se detalla información sobre los hechos de esos otros procesos porque dicha práctica sería una violación de los artículos 20 y 21 de la Ley de Justicia Penal Juvenil (derecho a la privacidad y principio de confidencialidad).

La mención de la existencia de antecedentes penales, soluciones alternas en trámite u otros procesos pendientes de resolver conlleva a que los fiscales y las personas juzgadoras hagan una lectura inadecuada de esa información, puesto que en algunos casos en sus alegatos y sentencias llegan a la conclusión de que estamos ante personas ofensoras reincidentes y que carecen de autocontención. Esta etiqueta es bastante perjudicial, porque implica la imposición de sanciones más gravosas, incluso el internamiento directo como consecuencia de una aplicación solapada de un Derecho Penal de Autor que deja de lado que la gran mayoría de los delitos que cometen las personas menores de edad son eventos episódicos.

En la práctica también se recurre a la acumulación de procesos judiciales que se encuentran en un mismo estado procesal en el caso de personas ofensoras que tienen que hacer frente a varias denuncias. Esta práctica conlleva en algunos casos que las personas juzgadoras descartan la aplicación de soluciones alternas o un mayor juicio de reproche ante una eventual sentencia condenatoria, recurriendo para ello a sanciones más gravosas, como el internamiento directo, para atender a la falta de autocontención de la persona ofensora que queda aparentemente en evidencia con la reiteración de conductas delictivas.

Todo lo anteriormente expuesto permite concluir que, si Juan fuera juzgado por los hechos indicados *supra* y si el juez tuviera conocimiento de otros antecedentes penales o condenas, es probable que en la sentencia se imponga una sanción más gravosa (no internamiento directo, porque el artículo 131 de la LJPJ no lo permite) para paliar la supuesta falta de autocontención que refleja Juan al cometer de forma reiterada delitos contra la propiedad.

¿Qué incidencia tendrían sus circunstancias personales; en particular, su situación de abandono escolar; la precariedad de su situación familiar y socioeconómica?

Respuesta: Los factores de riesgo por los que se ha visto afectado Juan en su historia de vida pueden llegar a quedar acreditados a través de un estudio psicosocial u otros medios probatorios. No obstante, es muy probable que la lectura de los mismos sea en perjuicio de Juan, ya que es posible que dichas circunstancias no vayan a ser utilizadas para tener una mejor comprensión del motivo por el cual Juan se comporta como lo hace, sino para justificar una mayor intervención con sanciones más gravosas, con el aparente propósito de que el Estado brinde apoyo para subsanar las carencias y falencias en el proceso de crianza de Juan.

¿La baja gravedad (en términos relativos) del delito por el cual se le condenó sería un obstáculo insalvable para el tribunal, en contra de la imposición de una sanción privativa de libertad?, ¿o las demás circunstancias del caso le permitirían escoger una sanción de esta naturaleza, si la considerase necesaria para los fines considerados por la ley?

Respuesta: A Juan no podría imponérsele una sanción de internamiento directo en centro especializado no porque los hechos sean de baja gravedad; por el contrario, me parece que muchos jueces y juezas considerarían que los mismos son graves. No obstante, existe una prohibición legal, que se extrae del artículo 131 inciso a) de la Ley de Justicia Penal Juvenil, de imponerle a Juan un internamiento directo, tomando en consideración que se trata de un robo simple con fuerza sobre las cosas tipificado en el artículo 212 inciso 2º del Código Penal, con pena máxima de seis años de prisión. Véase que el artículo 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil permite la aplicación de un internamiento directo únicamente en aquellos delitos que la ley penal sustantiva de adultos sancione con penas superiores a los seis años de prisión. Sin embargo, tómese en consideración que la regla antes descrita aplicaría únicamente para el internamiento en centro especializado; no así para otras sanciones privativas de libertad, como el arresto domiciliario o el internamiento en tiempo libre.

Aun bajo el supuesto de que no se considerasen los hechos atribuidos a Juan como hechos graves, lo cierto es que la Ley de Justicia Penal Juvenil no impediría del todo la aplicación de una sanción de internamiento, ya que el inciso b) del numeral 131 de dicha ley permite fijar una sanción de internamiento en centro especializado en el supuesto de que Juan incumpla injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión que se le vayan a imponer. Más allá de la falta de gravedad de los hechos, las circunstancias que van a pesar principalmente en la fijación de la sanción de Juan son las circunstancias de riesgo social en las que se

encuentra inmerso, tales como deserción escolar, abandono familiar, pares negativos, desempleo, consumo de alcohol a edades tempranas; circunstancias que es muy probable que sean utilizadas por la persona juzgadora para justificar una sanción de libertad asistida, órdenes de orientación y supervisión (como por ejemplo la obligación de trabajar o estudiar) y la imposición de una sanción de internamiento diferido en caso de incumplimiento, de un año de internamiento aproximadamente.

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por los estándares 10 a), 10 b), 12 c), 15, 16, 18 a) y b), y 20?

Respuesta: El artículo 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil es el que viene a establecer las pautas para la fijación de las sanciones penales juveniles en Costa Rica. Dicho numeral es compatible con las exigencias de los estándares 10 a) y 10 b). Considero que sí sería necesario incorporar en la Ley de Justicia Penal Juvenil eximentes incompletas o circunstancias atenuantes de responsabilidad adecuadas a un análisis diferenciado de la culpabilidad en materia penal juvenil.

Por su parte, el artículo 131 inciso a) contempla la exigencia establecida en el estándar 12 c), por lo menos con respecto a la sanción de internamiento en centro especializado, que es la más gravosa que establece nuestro ordenamiento jurídico para personas ofensoras menores de edad.

Los artículos 11 (derecho a la igualdad y a no ser discriminado), 13 (principio de legalidad) y 25 (principio de racionalidad y proporcionalidad) tutelan lo dispuesto en el estándar 15. Además, al no existir un registro o archivo judicial para personas ofensoras menores de edad, tampoco se contraviene la exigencia del estándar 16.

En relación con lo dispuesto en el estándar 18 a) y b), la Ley de Justicia Penal Juvenil cuenta con normativa que garantiza dichos postulados en los artículos 25 (principio de racionalidad y proporcionalidad), 122 inciso d) (proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de la sanción) y 131 inciso a) (prohibición de internamiento directo en delitos para los que la ley sustantiva de adultos no contemple penas de prisión superiores a los seis años).

Con respecto a los criterios de selección entre sanciones no privativas de libertad (estándar 20), el artículo 122 inciso d) de la Ley de Justicia Penal Juvenil exige a la persona juzgadora establecer en cada caso concreto por qué motivo(s) se opta por una sanción y no otra de la misma naturaleza; sin embargo, en el texto de dicho cuerpo normativo no hay una lista de criterios para hacer tal elección.

Si el tribunal decidiese imponer una sanción no privativa de libertad, orientada a la inserción social de Juan, ¿qué decisión adoptaría en relación con la intervención socioeducativa que ya se encontraba en curso en el momento de los hechos (en el contexto del cumplimiento de la libertad asistida impuesta por los últimos dos delitos de hurto)?

Respuesta: En la práctica judicial, el hecho de que Juan ya estuviera cumpliendo una libertad asistida por los dos últimos delitos de hurto no tendría mayor incidencia a su favor, ya que si bien es cierto la persona defensora que representa a Juan podría argumentar que el joven se encuentra cumpliendo, de no ser así, la información sobre un aparente incumplimiento de la libertad asistida podría ser utilizada en contra de Juan por parte de la Fiscalía. Además, el ordenamiento jurídico no establece la posibilidad de que las personas juzgadoras valoren no imponer una sanción cuando, al momento del dictado de la sentencia, la persona que ha sido condenada se encuentra cumpliendo satisfactoriamente otra sanción no privativa de libertad.

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por los estándares 22, 24 a) y 25 a)?

Respuesta: En relación con los estándares 22 y 25 a), la aplicación de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles ha permitido en la práctica judicial modificar las sanciones cuando se producen cambios de circunstancias en el cumplimiento de las sanciones por parte de la persona sentenciada. Sin embargo, este cambio suele llegar a resolverse aproximadamente un año después de que la persona defensora presenta la gestión ante el Juzgado de Ejecución. También la legislación especializada permite demostrar si hay circunstancias que justifiquen el incumplimiento de las sanciones y hacer los correctivos necesarios para que la persona sentenciada pueda cumplir con las sanciones impuestas, esto en consonancia con lo dispuestos en el estándar 25 a).

Con respecto a la ordenanza 24 a), esta se cumple parcialmente, ya que ni la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles ni la Ley de Justicia Penal Juvenil exigen de imponer una sanción en aquellos casos en los que la persona sentenciada de previo ya se encontraba descontando una sanción no privativa de libertad.

Caso 2

Preguntas

De acuerdo con la regulación legal, la jurisprudencia y la práctica judicial de su país:

1) ¿Es posible que la información relativa al incidente previo de Pedro, conocido por el sistema de protección a la niñez, llegue a conocimiento de la justicia especializada para adolescentes?

Respuesta: Considero que la información sobre los hechos que realizó Pedro antes de los 12 años de edad está protegida bajo un principio de confidencialidad.

En particular, ¿es posible que el contenido del informe psicológico que en aquella ocasión se elaboró sea conocido por quienes han de resolver ahora sobre este nuevo incidente?

Respuesta: Considero que dicho informe psicológico viene a constituir un elemento más del acervo probatorio que da sustento al incidente en el que participó Pedro siendo menor de 12 años de edad; por lo tanto, se trata de información confidencial que no tiene que ser revelada a terceras personas que no formaban parte de dicho proceso.

En caso afirmativo (para cualquiera de esas dos preguntas), ¿es posible que esa información influya en la decisión acerca de si la intención de Pedro fue homicida y en la determinación de su grado de culpabilidad (por un incidente no pasional y condicionado por el dolor, sino tal vez más experimental)?

Respuesta: Siendo que en el proceso penal juvenil costarricense rige un Derecho Penal de acto, y no de autor, no debería el juez fundamentar la existencia del dolo con base en las conclusiones de un perito en psicología o psiquiatría, que en todo caso no son vinculantes para la persona juzgadora que conozca de la causa penal contra Pedro. De hecho, en la práctica veo poco probable que una persona juzgadora fundamente la existencia de la tipicidad subjetiva en las conclusiones de un dictamen psiquiátrico forense, el cual es un medio probatorio principalmente utilizado para establecer una capacidad mínima de imputabilidad según las condiciones cognitivas y volitivas de la persona ofensora.

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por los estándares 29 y 30 a)?

Respuesta: La Ley de Justicia Penal Juvenil no establece una prohibición expresa que impida la valoración extemporánea de incidentes o procesos que se hayan tramitado cuando la persona tenía menos de 12 años; tampoco se regula la posibilidad de conocer la información probatoria según las ne-

cesidades procesales de la fase en la que se encuentre el proceso (estándar 29). En relación con la cesura (estándar 30 a), se trata de una figura que no está contemplada expresamente en la Ley de Justicia Penal Juvenil. Sin embargo, soy del criterio, que he utilizado en mi práctica profesional, de que se puede gestionar la aplicación de dicho instituto procesal por medio del artículo 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, que habilita la aplicación del Código Procesal Penal en lo que respecta a la cesura. Preferiblemente, se debería de solicitar al momento de la citación a juicio, tal y como lo establece el Protocolo de la Cesura para el Procedimiento Juvenil Restaurativo.

2) En relación con la entrevista psicológica a la que ahora Pedro debe concurrir, y cuyos resultados son preocupantes para sus padres y su defensa:

¿Puede concurrir Pedro acompañado por su defensor?

Respuesta: El derecho a la defensa técnica es un derecho irrenunciable (artículo 23 de la Ley de la Ley Justicia Penal Juvenil); sin embargo, cuando en la práctica he asistido a las entrevistas psicológicas, se me ha indicado que debo ser respetuoso de la metodología que empleen los peritos a cargo de la diligencia.

Si el psicólogo se entera (en esa entrevista) del anterior episodio de violencia protagonizado por Pedro, ¿puede revelarlo en su informe?

Respuesta: La persona imputada mantiene la condición de sujeto de prueba durante la realización de cualquier entrevista ante un psicólogo o psiquiatra forense, por lo que la persona defensora que lo acompaña puede solicitar la suspensión de la diligencia para asesorar a la persona ofensora para que no revele información que pueda trastocar el principio de confidencialidad en relación con hechos de otros procesos pendientes de resolver o que ya han sido resueltos. Me parece que el psicólogo forense, si se entera ante una manifestación espontánea de la persona valorada de la existencia de otro episodio de violencia, puede hacer mención en el peritaje a dicho evento, pero de una manera general, sin entrar en mayor detalle.

Si el psicólogo se entera de que Pedro, en esta segunda oportunidad, en realidad no atacó a su compañero de curso en reacción pasional frente al acoso escolar, sino de forma más bien fría y planificada, ¿es posible que lo consigne en su informe para la justicia penal de adolescentes?

Respuesta: Habría que analizar de qué forma el psicólogo se enteró sobre el dolo con el que actuó la persona ofensora. Véase que hay un derecho de abstención regulado en el artículo 17 de la Ley de Justicia Penal Juvenil del que debe estar vigilante la defensa técnica durante la realización de

la entrevista psicológica. En todo caso, no corresponde al profesional en psicología o psiquiatría forense decidir sobre el dolo con el que actuó la persona acusada, ya que eso es una labor que corresponde únicamente a la persona juzgadora.

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por el estándar 30 b) y c)?

Respuesta: En relación con el estándar 30 b) debo indicar que nuestro ordenamiento jurídico, específicamente el artículo 217 del Código Procesal Penal, permite la presencia de la defensa técnica durante la ejecución del peritaje psiquiátrico forense o psicológico forense. Esto aplica para el proceso penal juvenil con fundamento en la regla de supletoriedad que establece el numeral 9 y en el artículo 10, sobre garantías básicas procesales, ambos de la Ley de Justicia Penal Juvenil. De hecho, en la práctica he podido acompañar a mis representados a varios peritajes psicológicos o psiquiátricos, aunque sí debo de indicar que en algunos casos he notado cierto recelo de parte de los peritos oficiales, puesto que sí me han hecho la observación de que durante la entrevista debo de respetar la metodología que ellos emplean para realizar la misma, pero han dado la opción de hacer alguna solicitud de ampliación sobre los temas a evaluar al final de la diligencia. Aclaro que tampoco he tenido que hacer ningún tipo de protesta por falta de imparcialidad por parte de los profesionales a cargo de la pericia o por alguna violación al debido proceso.

Con respecto al estándar 30 c), en la práctica se cumple con el mismo, porque los peritajes psicológicos en su gran mayoría los realiza el Departamento de Trabajo Social y Psicología y excepcionalmente, en casos más complejos, algún psiquiatra forense de Medicatura Forense; ambas oficinas pertenecen a órganos auxiliares de la Administración de Justicia y son independientes de la Fiscalía y la Defensa Pública.

3) Para efectos de esta pregunta, ahora asuma dos supuestos distintos de los expuestos en los hechos del caso (manteniéndose todo lo demás tal cual ahí se expuso): a) la víctima murió a consecuencia del corte en el cuello y el tribunal dio por probado que, si bien Pedro no buscó la muerte de su compañero, este resultado sí es atribuible a dolo eventual (era consciente de que existía un peligro concreto de que muriese a consecuencia de su ataque), y b) Pedro nunca había protagonizado un incidente violento de esta naturaleza con anterioridad (es decir, en esta versión modificada de los hechos, Pedro no atacó a un vecino con un cúter cuando era menor y nunca fantaseó con ejecutar

ese tipo de hechos de violencia). Si, en tal caso, el tribunal se convence de que Pedro actuó de forma pasional e irreflexiva, bajo el dolor que le provocó ser víctima de una burla humillante para él, en el contexto de una situación de *bullying*:

¿Cuáles serían las principales consideraciones que el tribunal tendría en cuenta para decidir si impone o no una sanción de internamiento (en régimen cerrado)?

Respuesta: En la práctica judicial costarricense, ante un caso con esas características, existe el riesgo de que se le imponga a Pedro una sanción de internamiento directo. Me refiero principalmente a personas juzgadoras interinas y con poca experiencia en la materia penal juvenil, ya que este tipo de jueces y juezas son los que suelen sentir más presión ante casos mediáticos o hechos graves como los delitos de homicidios dolosos. Sin embargo, lo cierto es que en la gran mayoría de sentencias condenatorias se suele hacer un análisis de los presupuestos que establece el artículo 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Dicha norma obliga a tomar en consideración, además de la comprobación del acto delictivo, con todas las particularidades subjetivas y objetivas que exige la ley sustantiva, que se analice también la vida de la persona ofensora antes de la conducta punible; la capacidad para cumplir la sanción; la proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de la misma, así como las circunstancias personales, familiares y sociales.

Lamentablemente, en algunos casos se hace una incorrecta lectura de los factores de protección con los que cuentan a su favor las personas ofensoras, ya que, ante hechos graves, como por ejemplo un homicidio, las personas juzgadoras suelen indicar que es más reprochable la conducta de las personas ofensoras que tuvieron a su favor circunstancias de vida favorables, como por ejemplo apoyo familiar y oportunidades de estudio.

Otro parámetro que establece el numeral 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil para la determinación de la sanción lo constituyen los esfuerzos de la persona menor de edad para reparar los daños. Véase que con bastante frecuencia las personas juzgadoras cometen el error de considerar que la persona imputada tiene que mostrar arrepentimiento durante el juicio o haber tenido un gesto a favor de la persona víctima, cuando lo cierto es que el inciso f) del art. 122 del cuerpo normativo indicado *supra* lo que exige es la valoración en sentencia de los esfuerzos por reparar el daño causado que se hayan acreditado en el juicio, pero, en caso de no ser así, no debería reprocharse a la persona imputada no haber mostrado arrepentimiento,

ya que dicha valoración trastoca el derecho de defensa y la presunción de inocencia que cobija a toda persona procesada penalmente.

En particular, el hecho de que la condena se funde en un homicidio doloso, ¿constituye un fundamento suficiente para imponer esa sanción, con independencia de las circunstancias concretas del hecho (dolo eventual, y no dolo directo; reacción pasional e irreflexiva; antecedentes de acoso escolar y de una burla hiriente)?

Respuesta: En la práctica judicial, dentro del proceso penal juvenil, cuando corresponde hacer el análisis de sanción ante un delito de homicidio doloso, los elementos en los que más suele hacerse énfasis en las resoluciones de las personas juzgadoras son la gravedad de los hechos y la falta de contención interna y externa de la persona ofensora, de manera que, al día de hoy, no he visto una sentencia que tome a favor de la persona sentenciada que el hecho se haya cometido con dolo eventual o que se haya actuado de forma pasional e irreflexiva.

Debo de indicar que tuve un caso en el cual se tomó en consideración un contexto de *bullying* al que estaba sometida la persona imputada para el momento del hecho que al final derivó en una sentencia absolutoria, al acreditarse una legítima defensa. Sin embargo, no he visto resoluciones en las que se utilice una circunstancia de acoso escolar o *bullying* para fijar una sanción menos gravosa al haber un menor reproche por la conducta delictiva acreditada. Por el contrario, recuerdo que en el caso de la persona adolescente que acabó con la vida de una directora en centro educativo de la provincia de Heredia, caso en el cual participé en las audiencias de fijación de sanción, se alegó que la persona ofensora estuvo sometida a un acoso constante por parte de la víctima, circunstancia que no fue valorada para la imposición de una sanción diferente al internamiento, pese a las factores protectores con los que contaba la persona acusada en aquel momento.

Por otra parte, ¿constituyen antecedentes de importancia para que el tribunal prefiera evitar el internamiento (en régimen cerrado) las siguientes circunstancias personales?: el hecho de que Pedro tenga comprometido apoyo de su familia; el alto nivel educativo de esta; el nivel y la calidad de la educación que recibe Pedro y su alto desempeño personal, y sus claras opciones de acceder en el futuro a formación profesional.

Respuesta: El inciso e) del artículo 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil exige desde un plano normativo valorar los factores protectores y las circunstancias de vida favorables con las que cuenta Pedro y que le podrían permitir en su proceso de formación ir elaborando con el apoyo de

su familia un proyecto de vida. No obstante, es muy probable que Pedro se enfrente al cuestionamiento del Ministerio Público sobre lo insuficientes que fueron los factores de protección para brindarle contención externa, motivo por el cual le van a solicitar un internamiento directo como sanción. En relación con la persona juzgadora, existe una mayor probabilidad de que valore la aplicación de una sanción no privativa de libertad, pero también es posible que se decante por el internamiento directo bajo el argumento de que la conducta de Pedro le es más reprochable porque tuvo todas las condiciones de vida favorables para actuar conforme a derecho. Este tipo de argumento sería más probable esperarlo en jueces y juezas con poca en experiencia en la materia penal juvenil.

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por los estándares 10 a), 10 b), 12 a), 12 b) y 18 letras a) a la e)?

Respuesta: En el plano normativo, no hay brecha entre los parámetros que establece actualmente la Ley de Justicia Penal Juvenil y los estándares que se indican en la pregunta. El problema surge principalmente con los criterios que tienen algunos fiscales y algunas personas juzgadoras, que se basan más en el resultado y la lesión producida al bien jurídico que en un análisis diferenciado de la culpabilidad para la materia penal juvenil, lo cual se debe principalmente a que las autoridades judiciales sufren de una gran presión para garantizar estándares de seguridad pública que demandan una mayor represión y encarcelamiento de una población en riesgo social que incurre en conductas delictivas, lo cual genera disconformidad en una ciudadanía que está en su mayoría desinformada sobre las causas de la criminalidad cometida por personas menores de edad.

Caso 3

Preguntas

De acuerdo con la regulación legal, la jurisprudencia y la práctica judicial de su país:

1) ¿Qué consideraciones tendría en cuenta el tribunal frente a la solicitud de la defensa de Silvia?

Respuesta: Si tomo como guía la nota al pie número 8 del documento, a Silvia se le impuso aproximadamente una sanción 7 años y 6 meses, por lo que, al haber descontado una quinta parte de la sanción, ya habría descontado 1 año y 6 meses. Para responder esta pregunta he tomado en consideración lo que me han informado las personas defensoras en Ejecución

Penal Juvenil. Ellas me indican que, aunque la Ley de Ejecución de las Sanciones no establece como requisito un mínimo de la sanción impuesta para poder solicitar una modificación de la modalidad de sanción, lo cierto es que en la práctica es poco probable que una persona sentenciada que no ha descontado por lo menos la mitad de una sanción de internamiento vaya a lograr un cambio de sanción. Aclaro que dicha práctica no exime a la persona juzgadora de analizar las nuevas circunstancias que exponga la defensa en la fase de ejecución para un cambio de sanción, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir dicha resolución por parte de la defensa.

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por el estándar 22, en relación con el 17?

Respuesta: En el plano normativo, el ordenamiento jurídico costarricense ofrece normativa general y especializada que permite tomar en consideración la modificación de las sanciones de internamientos cuando se producen cambios de circunstancias durante la fase de ejecución; no obstante, en la práctica me indican las personas defensoras que trabajan en la materia de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles que en muchos casos el Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles tarda bastante en señalar la audiencia oral para conocer de la gestión de cambio de sanción que promueve la defensa técnica. Esta lamentable realidad, que en parte se debe al alto volumen de trabajo que le corresponde atender a un Juzgado de Ejecución que conoce de la materia penal juvenil para todo el país, causa una afectación al principio de celeridad que debe regir con mayor intensidad en los procesos penales juveniles.

2) ¿Qué peso desempeñaría en la decisión del tribunal la circunstancia de que la porción de tiempo de cumplimiento de sanción transcurrido es muy baja?

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por el estándar 23?

Respuesta: Como lo indiqué en una respuesta a la pregunta número 4, considero que en la práctica judicial es poco probable que las personas juzgadoras admitan cambios en la modalidad de sanción cuando se ha descontado muy poco tiempo de la sanción de internamiento, pese a que no hay ninguna norma que faculte dicha práctica. En relación con el estándar 23, no detecto ninguna brecha con la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles ni con la jurisprudencia del Tribunal de Apelación de Sentencia.

3) ¿Es probable que el tribunal accediese a la sustitución de la sanción por una no privativa de libertad? ¿O es más probable que solo modifiquese las condiciones de ejecución, sin poner término a la internación?

Respuesta: En el caso concreto de Silvia, veo que sí es probable la sustitución de la sanción por el tipo de gravedad de los hechos descritos. Sin embargo, lo que más influiría en la decisión de la persona juzgadora sería el hecho de que Silvia está embarazada y en algunos casos ese factor influye porque se piensa principalmente en el niño o la niña que está por nacer en un centro penal, siempre y cuando las personas juzgadoras consideren que no se está ante hechos muy graves, porque la magnitud del daño ocasionado al bien jurídico sigue pesando bastante en el análisis que hacen los jueces y juezas de Ejecución Penal Juvenil, aun por encima de las necesidades reales de reinserción a la sociedad y la familia que presenta una persona en formación dentro de un centro penal, que es un ambiente sumamente criminógeno.

4) Si el tribunal no sustituyese la sanción, ¿las nuevas circunstancias planteadas por la defensa de Silvia tendrían un impacto en los objetivos y condiciones del plan de ejecución de la sanción? ¿Qué impacto?

Respuesta: El rechazo a la solicitud de sustitución de la sanción podría tener un impacto en el estado emocional de la persona sentenciada que tenía expectativas de salir en libertad, lo cual podría repercutir en problemas convivenciales y hasta una desmotivación para mantenerse estudiando y asistiendo al tratamiento para el consumo de drogas. Es por ello que en la práctica los equipos interdisciplinarios de los centros de internamiento –aclaro que con recursos limitados– suelen trabajar con la ayuda de un profesional en psicología estas situaciones adversas. Además, el hecho de que Silvia esté embarazada va a implicar, conforme avance su embarazo, una adecuación del plan de ejecución en función de las nuevas necesidades que va a tener dentro del centro como futura madre, principalmente en el área de la salud, con el control que va a tener que llevar con el médico del centro; en el área de estudios para no verse afectada en su plan de estudios; en el área psicológica por las razones que indiqué anteriormente, etc.

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por el estándar 21?

Respuesta: No se detecta ninguna brecha entre lo que dispone el estándar 21 y lo que dispone el artículo 134 de la Ley de Justicia Penal Juvenil y el artículo 10 de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles.

PRIMERA PARTE

Antecedentes: marco legal de la determinación y revisión judicial de las sanciones penales de adolescentes (ley especial, aplicación subsidiaria de legislación común, posibles normas administrativas aplicables en la ejecución)

En Colombia, el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes (en adelante, SRPA) está regulado en su mayor parte por la Ley N° 1.098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia (en adelante, CIA), en su Libro II (arts. 139-200). La expedición del CIA implicó una transición relevante, desde un sistema todavía muy anclado a la idea de que el adolescente que infringía la ley penal era un “menor en situación irregular” y objeto de protección (Decreto N° 2.737 de 1989 o “Código del Menor”), hacia un sistema que pretende acercarse más a la concepción del adolescente como sujeto de derechos, de conformidad con los postulados de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. No obstante, para que operara esta transición legislativa tuvieron que transcurrir más de 15 años entre la ratificación por nuestro país de la mencionada Convención, a través de la Ley N° 12 de 1991, y la entrada en vigencia gradual³ de los artículos del CIA correspondientes al sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

¹ Profesora de la Universidad Eafit (Medellín, Colombia). Doctora en Derecho por la Universidad de León (España).

² Abogado de la Universidad Eafit (Medellín, Colombia).

³ La implementación gradual de estos artículos en el territorio nacional empezó el 1 de enero de 2007 y finalizó el 31 de diciembre de 2009.

Este sistema, según el art. 139 CIA, está conformado por los “principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos” que intervienen en la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por los adolescentes que tienen entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible. Para su regulación, el CIA contiene, entre otras disposiciones, las relativas a los principios rectores (arts. 139-162); la finalidad del sistema (art. 140); las autoridades y entidades que intervienen en él (arts. 163-168); los mecanismos de reparación del daño (arts. 169-175); y el catálogo de sanciones, su descripción y los criterios de imposición (arts. 177-189). También establece, en el art. 141, que, además de los principios contenidos en el CIA, se aplicarán al SRPA los principios y definiciones consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta última norma se encuentra en consonancia con lo previsto en el artículo 6 CIA, según el cual la Constitución y los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, hacen parte integral del CIA y sirven de criterio de interpretación y aplicación, teniendo en cuenta que siempre deberá aplicarse la norma que favorezca el interés superior del NNA.

Sin embargo, la regulación contenida en el CIA no es exhaustiva, y ello explica que en su art. 144 remita a la legislación del sistema de adultos (Ley N° 906 de 2004) a efectos del procedimiento aplicable a los adolescentes, salvo para aquellos aspectos en que existan reglas especiales de procedimiento en el propio CIA. Se establece, además, una segunda y muy relevante excepción a la aplicación de las normas del proceso penal de adultos, al disponerse que estas no podrán aplicarse cuando resulten contrarias al interés superior del adolescente. Bajo esta última condición, el CIA prohíbe, por citar solo dos ejemplos, los preacuerdos entre Fiscalía y Defensa (art. 157), y el juzgamiento en ausencia⁴ (art. 158).

El art. 144 CIA fue demandado ante la Corte Constitucional por considerar que la remisión a las normas del proceso penal de adultos desconocía que el procedimiento penal aplicable a los adolescentes debía ser específico y distinto del aplicable a los adultos. No obstante, la Corte desestimó este

⁴ Salvo en los eventos de infractor contumaz o rebelde, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-055 de 2010.

argumento y consideró que las remisiones que “en forma complementaria” hace el CIA al procedimiento penal de adultos “no desvirtúan la naturaleza específica o especial del procedimiento de responsabilidad penal para adolescentes y, en cambio, amplían las garantías de las que tales menores pueden ser beneficiarios” (sentencia C-740 de 2008). También el art. 148 CIA enfatiza el carácter especializado del SRPA, al disponer que tanto el proceso como la ejecución de medidas por responsabilidad penal para adolescentes estarán a cargo de autoridades y órganos especializados en materia de infancia y adolescencia.

En esta línea, es posible afirmar que el aspecto que mejor distingue al SRPA del sistema penal de adultos es el régimen de sanciones, que en Colombia, según el art. 177 CIA, está compuesto por: i) la amonestación; ii) la imposición de reglas de conducta; iii) la prestación de servicios a la comunidad; iv) la libertad asistida; v) la internación en medio semicerrado; y vi) la privación de la libertad en Centro de Atención Especializado (CAE).

En lo que tiene que ver con la ejecución de estas sanciones, se advierte que el CIA no se encarga de regularla exhaustivamente; en su lugar, establece un conjunto de disposiciones generales como los derechos de los adolescentes durante esta fase (art. 180) y, concretamente, durante la privación de la libertad (art. 188). No obstante, asignó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante, ICBF) la responsabilidad de expedir los lineamientos técnicos para la ejecución de cada sanción definida en el código (arts. 163.9 y 177). En cumplimiento de esa obligación, el ICBF ha expedido tres lineamientos distintos desde el año 2007.⁵

Ahora bien, los lineamientos vigentes fueron expedidos en 2016⁶ y consagran seis enfoques diferentes desde los que debe ser abordado el proceso de atención a los adolescentes: i) enfoque de derechos; ii) pedagógico; iii) etario; iv) diferencial; v) restaurativo; y vi) de inclusión social. Igualmente, los lineamientos establecen que los procesos de atención a los adolescentes deben tener impacto a nivel personal, familiar, grupal y contextual, y desarrollan los objetivos que debe lograr la intervención en cada uno de estos niveles.

Además de los mencionados lineamientos, el ICBF ha expedido manuales operativos para las modalidades de sanción del SRPA.⁷ En estos

⁵ Resolución N° 400 de 2007, Resolución N° 1.301 de 2010 y Resolución N° 1.522 de 2016.

⁶ Disponibles en: https://bit.ly/2Ge4Yb2_

⁷ Manual Operativo de las modalidades que atienden Medidas y Sanciones del Proceso Judicial SRPA (disponible en: <https://bit.ly/33SaYhS>) y Manual Operativo de las modalidades

se abordan detalles más concretos en cuanto a los servicios prestados por los operadores encargados de la ejecución de cada una de las sanciones, a saber: estándares de calidad del servicio, requisitos de infraestructura, dotación, alimentación, personal, seguridad, etc.

Compatibilidad general o tensiones (o “brechas”) entre los presupuestos del sistema de determinación y revisión judicial de sanciones aplicado por los tribunales en el país, por una parte, y los principios y definiciones generales propuestos por los *Estándares Comunes*, por la otra. Estándares 1 e), 3 c), 5 d) y 6

En cuanto a la exigencia de fundamentación de las sentencias, y de un adecuado sistema de impugnación (estándar 1 e), el CIA incluye, dentro del art. 151, referido al debido proceso, el derecho que tiene el adolescente de apelar la decisión ante una autoridad superior. Por lo demás, y en virtud de la remisión al proceso penal de adultos, deberán también buscarse en estas las normas referidas a aquellas exigencias, teniendo en cuenta que el mismo art. 151 CIA prevé que los derechos de los adolescentes en el SRPA serán, como mínimo, los contenidos en la Ley N° 906 de 2004; esto es, en el Código de Procedimiento Penal de adultos (en adelante, Ley N° 906).

En este sentido, el art. 162 de la Ley N° 906 es claro en exigir como requisitos de las sentencias y autos la “fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral” (núm. 4), así como el “señalamiento del recurso que procede contra la decisión y la oportunidad para interponerlo” (núm. 7). En este mismo cuerpo normativo se encuentran regulados también, de manera detallada, los recursos ordinarios de reposición y apelación (arts. 176-179F), el recurso de casación (arts. 180-191) y la acción de revisión (arts. 192-198). Cabe aclarar que, además de estos recursos y de la acción de revisión, excepcionalmente en Colombia procede el mecanismo de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando, entre otros requisitos, el asunto que se discute resulta de evidente relevancia constitucional y se han agotado todos los medios de defensa al alcance de la persona que ha visto afectados sus derechos fundamentales con la decisión (art. 86 de la Constitución Política). Lo anterior, unido a lo que se observa en la práctica judicial, permite concluir que las exigen-

que atienden Medidas Complementarias y/o de Restablecimiento en Administración de Justicia (disponible en: <https://bit.ly/2EyhfH7>).

cias de fundamentación de las decisiones y de un adecuado sistema de impugnación sí se ven satisfechas en el SRPA en Colombia. Sin embargo, lo mismo no puede afirmarse, en general, de las decisiones administrativas de restablecimiento de derechos, pues, como se verá enseguida, muchas de ellas sufren de falta de una adecuada motivación.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la existencia de una distinción clara entre los presupuestos de actuación, instituciones competentes y la naturaleza de las consecuencias impuestas en el SRPA (estándar 3 c), el análisis se torna más complejo. Si bien el CIA regula de manera independiente todo lo relacionado con las medidas de restablecimiento de derechos de los NNA, las autoridades competentes y los procedimientos administrativos y judiciales para la imposición de dichas medidas (arts. 50-138 y art. 143 cuando se trata de personas menores de 14 años que incurren en la comisión de un delito), en la práctica se evidencian al menos tres situaciones, que merecen ser destacadas:

1) En primer lugar, parecen frecuentes los conflictos de competencia entre las autoridades que intervienen en el sistema de protección de derechos (especialmente entre defensores, comisarios y jueces de familia), así como la divergencia de interpretaciones con respecto a los plazos y procedimientos que deben seguirse para la imposición de medidas de restablecimiento de derechos.

2) En segundo lugar –y más relevante aún–, de las decisiones de las altas cortes (Corte Suprema de Justicia⁸ y Corte Constitucional⁹) se desprende que, con relativa frecuencia, las medidas de restablecimiento de derechos terminan, paradójicamente, acarreando el desconocimiento de estos, sobre todo cuando tales medidas implican la separación del NNA de su núcleo familiar. En este sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T-572 de 2009 (y en otras decisiones posteriores, que se remiten a esta), se refirió a los criterios que deben tenerse en cuenta al momento de decidir sobre la medida de protección: las medidas deben estar precedidas por un examen de la situación integral del NNA; deben responder a una lógica de gradación; deben ser proporcionales y buscar el máximo bienestar de los NNA y sus

⁸ Dentro de las más recientes destacan las STC 544-2018; STC 14106-2018; STC 061-2020; STC 1711-2020; STC 3649-2020; y Rad. 63001-22-14-000-2019-00109-02, de 11 de junio de 2020.

⁹ Entre otras, la T-572 de 2009, T-502 de 2011, T-844 de 2011, T-512 de 2017, T-259 de 2018, T-468 de 2018, T-561 de 2019, T-019 de 2020.

familias; su término debe ser razonable; cuando impliquen la separación del NNA de su núcleo familiar, deben ser excepcionales y preferiblemente temporales; deben encontrar justificación en el interés superior del NNA; no pueden basarse en la carencia de recursos económicos de la familia; y, por último, no pueden significar una desmejora de la situación del NNA. Varias de las decisiones analizadas por ambos tribunales en sede de acción de tutela fueron revocadas porque implicaban un tratamiento más nocivo para el NNA y su familia, contradiciendo, entre otras disposiciones, lo previsto en el parágrafo del art. 140 CIA, que establece que, “en ningún caso, la protección integral puede servir de excusa para violar los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes”.

3) En relación con lo anterior, pero ya en el ámbito de las medidas de restablecimiento de derechos aplicadas a los adolescentes que ingresan al SRPA, existen también supuestos en los que estas terminan siendo más restrictivas que protectoras, confundiendo con las sanciones. Una de las personas entrevistadas para este informe relató un caso que resulta paradigmático: a dos adolescentes se les impuso durante el proceso una medida de internamiento preventivo, por el plazo máximo previsto en la ley (según el art. 181 CIA, la medida no puede exceder de cuatro meses, prorrogable por un mes más). Una vez finalizado ese plazo, el juez ordenó la libertad. Sin embargo, la funcionaria administrativa (defensora de familia) les impuso una medida de restablecimiento de derechos, consistente en internado jornada completa, lo que en la práctica implicó que las adolescentes continuaran privadas de la libertad, pero ya bajo el rótulo de una medida administrativa de protección, y no de una medida judicial de internamiento preventivo. Al momento de imponer la sanción, el juez se enteró de que las adolescentes se encontraban bajo esta medida de protección y, aunque en principio tenía pensado imponer la sanción de libertad vigilada, optó por una más grave, de régimen semicerrado, teniendo en cuenta que esta se cumpliría en el mismo lugar en que ya se encontraban internadas las adolescentes y se les “abonarían” todo el tiempo que habían permanecido privadas de libertad.

De acuerdo con lo anterior, si bien es positivo que a los adolescentes en conflicto con la ley se les proteja también con medidas de restablecimiento de derechos, incluso posteriores a su institucionalización, no lo es que estas medidas impliquen *de facto* verdaderas sanciones (o prolongación de las sanciones), como ocurre algunas veces en Colombia, lo que supone una brecha importante con respecto al estándar analizado.

Un supuesto muy diferente al que acaba de mencionarse es el de la posibilidad de renunciar a la sanción de un adolescente en conflicto con la ley penal, para, en su lugar, cobijarlo con medidas del sistema de protección. Dicha posibilidad existe en Colombia, en virtud del principio de oportunidad, de aplicación preferente, en los términos del art. 174 CIA. Este principio permite suspender o renunciar al ejercicio de la acción penal, pero, como advierte la Fiscalía en Resolución N° 4155 de 2016, esto deberá ir acompañado de medidas “*de carácter pedagógico, formativas y reparadoras*” (art. 36 Cursivas nuestras). Se hace énfasis en esto último, pues solo desde 2016 se ha venido implementando con más fuerza –aunque todavía muy gradualmente– la justicia restaurativa en el ámbito del SRPA en Colombia, pese a que el enfoque restaurativo ya estaba presente en el CIA.¹⁰ Una de las personas entrevistadas consideró que, para hacer más efectivo este enfoque, la causal de aplicación del principio de oportunidad debería ser la séptima del art. 324 de la Ley N° 906, de “suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa”, lo que implica la posibilidad no solo de resolver el conflicto, sino de dar herramientas para que no se reitere, y propiciar el diálogo y la participación de la víctima en este proceso. De todas maneras, la aplicación de este enfoque restaurativo es todavía incipiente –y en algunos casos nula– por parte de muchas autoridades del SRPA.

Lo anterior trae aparejada la reflexión sobre los fines de las sanciones en el SRPA y su compatibilidad con estándares que rechazan el fin de la incapacitación o inocuización del adolescente, a través de la privación de la libertad (estándar 5 d). En este sentido, el CIA en su art. 19 consagra el derecho a la “rehabilitación y resocialización” (aquí se considera más adecuado hablar de “inclusión social”); establece como finalidad del SRPA que las medidas que se tomen sean “de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral” (art. 140); y dispone que las sanciones tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, en el sentido de que contribuyen al desarrollo del adolescente “*como persona y como ciudadano productivo y constructivo en la sociedad*”.¹¹ No obstante, existen dos factores que en muchos casos

¹⁰ Así, por ejemplo, el art. 140 CIA establece que “el proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño”.

¹¹ Sentencia de 7 de julio de 2010 (Rad. 33510), de la CSJ.

pueden implicar tensiones con respecto al mencionado estándar, como se expone a continuación.

En primer lugar, hay todavía resistencia en muchos funcionarios que son trasladados del sistema de adultos al SRPA a entender que este último debe operar con una lógica diferente a aquel. Esto, en la práctica, ha implicado que la interpretación y aplicación de las normas del CIA se haga, muchas veces, desde un “enfoque adultocéntrico”, tal como lo expresó uno de los entrevistados para este informe, y que se pierda de vista la finalidad del SRPA y de sus sanciones. Suele haber entonces, en segundo lugar, y como se evidenciará con más detalle en la segunda parte de este informe, dos corrientes de interpretación y aplicación de las normas del SRPA: una más anclada a la visión del ya derogado “Código del Menor”, y otra más de avanzada, que consulta la Constitución, los instrumentos internacionales y los principios rectores que prevé el CIA.

En este sentido, existen tres disposiciones particularmente problemáticas en el CIA, que pueden propiciar esos conflictos de interpretación, y terminar extendiendo la privación de la libertad o reduciendo las facultades judiciales para su sustitución:

1) En primer lugar, el parágrafo 2º del art. 179, que es quizás –y como se evidenciará en el análisis de los casos– la norma más problemática del SRPA, establece que los adolescentes que incumplan cualquiera de las sanciones previstas en el CIA “terminarán el tiempo de sanción en internamiento” y que el incumplimiento del compromiso de no volver a infringir la ley “ocasionará la imposición de la sanción de privación de libertad por parte del juez”. Como se verá más adelante, una interpretación exegetica de esta ley podría incluso generar que delitos que, según las reglas del SRPA, no pueden ser objeto de sanción privativa de la libertad, terminen siendo castigados con dicha sanción.

2) La segunda disposición problemática en este sentido es el inciso cuarto del art. 187, que establece que, en los supuestos de delitos como el homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexuales, la privación de libertad tendrá una duración de dos (2) a ocho (8) años, “con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas”. Además del grave error de referirse a la redención de pena, figura extraña al SRPA y propia del sistema de adultos, esta norma podría propiciar la interpretación de que el adolescente debe permanecer todo el tiempo privado de la libertad, si bien la interpretación

que de manera unánime hicieron los entrevistados para este informe implica, en cambio, la posibilidad de sustitución por otras sanciones no privativas de la libertad, respetando, eso sí, el *periodo de tiempo* de sanción establecido en la sentencia.

3) En tercer lugar, el art. 199 CIA consagra la prohibición de beneficios y mecanismos sustitutivos cuando se trata de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra NNA. Si el delito es cometido, a su vez, por un adolescente, ello implicaría, entonces, la imposibilidad de aplicación del principio de oportunidad en estos casos. No obstante, la Corte Constitucional (sentencia T-142 de 2019), en un supuesto de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, por parte de un adolescente, revocó el fallo de la Corte Suprema de Justicia (en adelante, CSJ), que a su vez había dejado sin efectos la decisión que aplicó el principio de oportunidad en este supuesto. La Corte Constitucional abrió con ello la posibilidad de aplicar este principio a los adolescentes, también en los delitos previstos en el art. 199 CIA y en virtud de la excepción de inconstitucionalidad de la referida norma; eso sí, con la advertencia de que ello no rige para todos los supuestos y que, por tal motivo, habrá que realizar previamente un test de proporcionalidad en sentido estricto, que permita establecer si, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, es posible la aplicación del mencionado principio.

Lo anterior permite concluir que existen brechas, tanto legales como de aplicación judicial, con respecto al estándar analizado.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la existencia de normas y procedimientos propios para la determinación de las sanciones a los adolescentes, sin que esta especialidad se traduzca en menores garantías para ellos (estándar 6), ya se advertía *supra* la remisión complementaria que hace el CIA a las normas procedimentales de la Ley N° 906, justamente en aquello que no esté previsto en el CIA y que no resulte contrario al interés superior del NNA. En atención a esto último, por ejemplo, la jurisprudencia de la Sala Penal de la CSJ ha sostenido que mecanismos de justicia premial, como los preacuerdos entre Fiscalía y Defensa, son contrarios a dicho interés, a la finalidad del SRPA de garantizar la protección integral del menor, y a su carácter pedagógico, específico y diferenciado.¹²

¹² Sentencia de 7 de julio de 2010 (Rad. 33510).

Por su parte, en cuanto a la determinación de las sanciones, el art. 179 CIA establece una lista de criterios que deben tenerse en cuenta al momento de definir la sanción aplicable, a saber: i) la naturaleza y gravedad de los hechos; ii) la proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos, las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad; iii) la edad del adolescente; iv) la aceptación de cargos por el adolescente; v) el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el juez; y vi) el incumplimiento de las sanciones. Todo ello, sumado a las reglas especiales del art. 187 CIA para la aplicación de la sanción privativa de la libertad, según las cuales esta solo puede imponerse en dos supuestos: 1) a los adolescentes entre 16 y menos de 18 años hallados responsables de delitos cuya pena mínima sea o exceda de seis años de prisión (1 a 5 años de privación de libertad); 2) a los adolescentes entre 14 y menos de 18 años que cometan delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexuales (2 a 8 años de privación de libertad).

Ahora bien, esta especialidad del SRPA no siempre se traduce en mayores garantías para los adolescentes. Ello se evidencia, en primer lugar, con la postura de algunos funcionarios que consideran, por ejemplo, que las medidas de aseguramiento que no implican privación de la libertad, y que están contenidas en el art. 307 de la Ley N° 906, no podrían aplicarse a los adolescentes, en tanto el CIA solo contempla como medida el internamiento preventivo. Aquí, entonces, bajo el argumento de la especialidad, dejaría de aplicarse una norma común que puede otorgar mayores garantías al adolescente. Por otro lado, sucede también que se aplican normas comunes que, en cambio, a criterio de algunos de los entrevistados, pueden resultar contrarias al interés superior del NNA y a la finalidad de las sanciones. Es el caso, por ejemplo, de la aplicación de la figura de acumulación jurídica de sanciones, prevista en el art. 460 de la Ley N° 906; figura que, no obstante, la mayoría de entrevistados –como se verá en el análisis del caso 3 de este informe– considera extraña al SRPA.

En conclusión, aún existen brechas entre lo postulado por este estándar, y la aplicación judicial de algunas de las normas del SRPA y, por remisión, de la Ley N° 906.

Grado de consistencia o existencia de brechas en relación con la proporcionalidad entre la sanción y el delito. Estándares 10 (a-b), 11 (a-c), 12 (b-c) y 13

El primer análisis que se plantea tiene que ver con el mayor énfasis en la culpabilidad individual del adolescente y el desvalor de la conducta, que en el desvalor de resultado (estándar 10 a). En este sentido, el art. 179 CIA establece como uno de los criterios que el juez debe tener en cuenta para la determinación de la sanción las circunstancias y necesidades del adolescente. Sin embargo, el CIA no consagra expresamente circunstancias que pudieran cobijar situaciones que afectan, de manera específica, la culpabilidad de los adolescentes. Tampoco se establece la alternativa de que determinados delitos, al ser cometidos por adolescentes, no merezcan respuesta penal. En cambio, con frecuencia los análisis de la determinación de la gravedad del delito en las sentencias del SRPA no distan sustancialmente de los contenidos en las sentencias de adultos.

Sumado a lo anterior, las consideraciones de seguridad ciudadana, o de fines simbólicos, que generan aumentos de pena en la legislación común colombiana, necesariamente tienen repercusión en la medida de la gravedad del delito del adolescente, no solo porque aumentan el número de delitos cuyo mínimo de pena (seis años) en el sistema de adultos permite la imposición de la sanción de privación de libertad en el SRPA, sino porque también trasladan a este sistema ciertas prohibiciones pensadas para los adultos, como sucede con el art. 199 CIA, mencionado en el apartado anterior, en lo relativo a la posibilidad de aplicación del principio de oportunidad.

En cuanto a la menor severidad que deben tener las sanciones de los adolescentes, en comparación con las de los adultos (estándar 11 a), el catálogo de sanciones del art. 177 CIA sí implica una reducción en términos cuantitativos de la respuesta penal, que atiende no solo a la menor culpabilidad del adolescente, sino también a su mayor sensibilidad a la sanción. No obstante, un funcionario nos planteó la posibilidad de que un adulto, en virtud de los preacuerdos que celebre con la Fiscalía, resulte sancionado de manera mucho más leve que un adolescente que haya realizado la misma conducta delictiva, situación que sí se presentaría como contraria al estándar analizado.

Con respecto a las diferencias etarias para establecer la severidad de la sanción (estándar 11 b), el CIA sí las contempla en el art. 187, como ya se indicó, para la sanción privativa de la libertad, y son tomadas en cuenta por los jueces en sus decisiones. Otro aspecto en el que los jueces tienen en cuenta las diferencias etarias (pero que implica un análisis inverso al del estándar) es la circunstancia de que el adolescente, al momento de la imposición de la sanción, sea mayor de edad. En muchas de las decisiones

consultadas, esta circunstancia hace que los jueces no impongan (o en la misma sentencia sustituyan) la sanción privativa de la libertad, para no interrumpir procesos de formación profesional que el joven viene adelantando, o no interferir en grupos familiares consolidados.

Por su parte, en lo atinente a la consideración de especiales necesidades de ciertos adolescentes (estándar 11 c), destaca el art. 156 CIA, según el cual los adolescentes pertenecientes a las comunidades indígenas serán juzgados de conformidad con las normas y procedimientos propios de sus comunidades, siempre y cuando las sanciones impuestas no sean contrarias a la dignidad humana. Si los adolescentes indígenas se encuentran fuera del ámbito de su comunidad y cometen delitos, serán sometidos al SRPA, salvo que decidan retornar a sus comunidades de origen. También destaca el art. 175 CIA, que permite la aplicación del principio de oportunidad en los procesos seguidos contra adolescentes pertenecientes a grupos armados al margen de la ley. Resulta interesante que –aquí sí– el legislador tiene en cuenta expresamente circunstancias subjetivas de menor culpabilidad, propias de los adolescentes vinculados a estos grupos en Colombia, para condicionar la aplicación del principio de oportunidad.¹³ En cuanto a los adolescentes en estado de embarazo, el CIA establece su vinculación a un programa de atención especializada, como medida de restablecimiento de derechos.

En el análisis de proporcionalidad entre sanción y delito, otro punto importante es el de la renuncia a reglas de proporcionalidad positiva absoluta respecto de las sanciones privativas de libertad (estándar 12 b) y la existencia de reglas de proporcionalidad ordinal negativa respecto de estas mismas sanciones (estándar 12 c). Como se advirtió antes, el legislador colombiano estableció como consecuencia única y necesaria la sanción privativa de la libertad para los delitos con pena mínima de seis años o más que fueren cometidos por adolescentes entre 16 y menos de 18 años, e igualmente, para los adolescentes entre 14 y menos de 18 años que sean responsables de los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión y delitos agravados

¹³ “1. Se establezca que el adolescente tuvo como fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio para haber estimado como de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley; 2. Se establezca que la situación de marginamiento social, económico y cultural no le permitían al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad; 3. Se establezca que el adolescente no estaba en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social; 4. Por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento”.

contra la libertad, integridad y formación sexuales. Ahora bien, la CSJ ha sido enfática al advertir que la interpretación que debe darse del citado artículo es que, en aplicación del principio de legalidad, la sanción privativa de la libertad únicamente procede en los eventos señalados en la norma, pero no, además, que *siempre* proceda para ellos.¹⁴

De lo anterior, podría derivarse que la privación de la libertad en Colombia está reservada para los delitos más graves y, en consecuencia, que existe cierto grado de compatibilidad entre la legislación y el estándar. Sin embargo, como ya se advirtió, al disponer el art. 187, inciso 1º, que la sanción de privación de la libertad procede para los delitos con pena mínima de seis o más años, el universo de supuestos en los que debe imponerse este tipo de sanción crece desmedidamente en vista de las elevadas penas consagradas en el Código Penal de adultos. Más aún, lo anterior puede conllevar a que aumentos de penas por motivos ajenos a la criminalidad juvenil terminen por convertir la privación de la libertad en una sanción procedente frente a delitos para los que hoy no lo es. Así, el comentado inciso del art. 187 conduce a que el régimen de sanciones del SRPA se encuentre sujeto a modificaciones sin la menor discusión sobre su necesidad frente a las formas de criminalidad juvenil, ni frente a los efectos de tales modificaciones para los adolescentes que ingresan al sistema.

Por otro lado, la relación de necesidad entre los supuestos del art. 187 CIA y la sanción privativa de la libertad no solo se desprende de la redacción del artículo, sino que fue respaldada por la CSJ. En efecto, antes de 2018, esta corporación había sido enfática en que, como consecuencia del principio de legalidad de las sanciones, en aquellos eventos del art. 187 solamente era procedente la sanción privativa de la libertad y debía imponerse,¹⁵ en clara contradicción con lo dispuesto en el estándar 12 b.

No obstante, en el año 2018 la jurisprudencia de la CSJ modificó drásticamente la anterior interpretación, al considerar que, según instrumentos internacionales, la privación de la libertad debe ser el último recurso, y que el juez debe ponderar las circunstancias y necesidades del menor y la sociedad al determinar la sanción. Por lo anterior, concluyó que *“en procura de asegurar el interés superior del menor es preciso, una vez establecida la materialidad del delito y su responsabilidad, no aplicar sin mayor ponderación la privación de libertad en centro de atención especializada,*

¹⁴ SP2159-2018, SP3119-2018.

¹⁵ SP1962-2017, AP255-2017, AP4263-2014.

*sino por el contrario, constatar qué medidas se encuentran acordes a su situación y materializan los propósitos del legislador y de la normativa internacional, todo ello dentro del marco del principio de legalidad de las sanciones”.*¹⁶

De esta manera, aunque en la redacción del artículo 187 se pueda advertir cierta tensión con el estándar 12 b, la citada sentencia de la CSJ modificó su interpretación, obligando a los jueces a realizar un ejercicio de ponderación adecuado, teniendo en cuenta el carácter de último recurso de la privación de la libertad y las circunstancias y necesidades del NNA.

Por otra parte, y en lo que tiene que ver con la proporcionalidad de la medida de internamiento preventivo, el art. 181 CIA señala que esta solo es procedente en aquellos casos en los que el delito por el que se procesa al adolescente admite la privación de la libertad como sanción. Y, en todo caso, debe justificarse en la existencia de i) riesgo de evasión a la justicia, ii) posibilidad de destrucción de pruebas, o iii) peligro para la víctima, el o la denunciante, testigos o la comunidad en general. Por otro lado, también se contempla que durante el internamiento (que en ningún caso puede superar los cinco meses) el adolescente contará con los cuidados, la protección y la asistencia social, educacional, psicológica y médica que requiera según sus características individuales.

De lo anterior puede evidenciarse una consistencia general de la regulación legal del internamiento preventivo con lo dispuesto por el estándar 13. Sin embargo, como ya se destacó antes, el CIA no consagra medidas cautelares diversas al internamiento preventivo, en contraposición a lo exigido por el mencionado estándar, con la consiguiente discusión (que se abordó en el punto ii de este informe) de si es posible o no aplicar a los adolescentes las medidas no privativas de la libertad previstas para el régimen de adultos en la Ley N° 906.

Grado de consistencia o existencia de brechas en relación con la proporcionalidad entre la sanción y las circunstancias del adolescente. Estándar 16

Entre el estándar 16 y la realidad del SRPA en Colombia ciertamente se presentan algunas brechas. En efecto, el mencionado estándar plantea que los delitos perpetrados con anterioridad por el adolescente no sean un factor a tener en cuenta al momento de la determinación de la sanción. Esto, toda

¹⁶ SP2159-2018.

vez que se trata de conductas del pasado que nada dicen sobre las circunstancias actuales del adolescente ni tienen relación con la proporcionalidad entre la sanción y el delito. Ahora bien, el art. 179 CIA, que establece los criterios para la determinación de las sanciones, dispone, como ya se dijo, que “el incumplimiento por parte del adolescente del compromiso de no volver a infringir la ley penal, ocasionará la imposición de la sanción de privación de libertad por parte del juez”.

De lo anterior se desprende que, de cierta forma, los delitos cometidos previamente no solo son tenidos en cuenta al momento de determinar la sanción por vía del *incumplimiento del compromiso de no volver a infringir la ley penal*, sino que este mero hecho puede acarrear, según se anticipó en el apartado ii y de acuerdo con la interpretación más exegética, la imposición de la sanción de privación de la libertad, sin ninguna consideración adicional respecto a la gravedad del nuevo delito y sin importar si este es o no uno de aquellos para los que la misma ley reserva la sanción privativa de la libertad.

Adicionalmente, el estándar 16 exige que los registros en los que consten las condenas previas de los adolescentes sean confidenciales y que solo puedan acceder a ellos los funcionarios de la justicia juvenil autorizados por la ley. En total concordancia con el estándar, el art. 159 CIA dispone que las sentencias penales proferidas contra adolescentes no constituyen antecedente judicial y consagra, además, el carácter reservado de estos registros, permitiendo que solamente puedan acceder a ellos las autoridades judiciales. Sin embargo, la norma dispone que estas últimas podrán acceder a los registros “para definir las medidas aplicables cuando se trate de establecer la naturaleza y gravedad de las conductas y la proporcionalidad e idoneidad de la medida”. Es decir, nuevamente en contra del estándar, se permite que el juez considere los registros de ingresos anteriores al SRPA como un criterio para tener en cuenta al momento de determinación de la sanción, en desmedro del adolescente.

Grado de consistencia o existencia de brechas específicamente en relación con la imposición de sanciones. Estándares 18 (a-d), 19 (a-b) y 20

En lo relativo a la imposición judicial de las sanciones, el art. 179 CIA establece los criterios que deben ser atendidos por el juez al momento de determinar el tipo de sanción aplicable y su duración. Estos no solo tienen en cuenta la gravedad del delito, sino también la proporcionalidad de la sanción, la edad del adolescente y sus circunstancias y necesidades particu-

lares. En este sentido, el juez puede escoger el tipo de sanción y la duración que mejor convenga al caso concreto, basándose en el delito cometido por el adolescente y las circunstancias del hecho, pero también en el informe psicosocial que el ICBF prepara sobre el adolescente, el cual permite al juez acercarse a las circunstancias y necesidades particulares de este.

Por otro lado, en el caso particular de la sanción de privación de la libertad, el art. 187 no prevé supuestos en los que un adolescente pueda ser sancionado con privación de la libertad por un hecho que no admite pena de prisión cuando es cometido por un adulto. Sin embargo, el análisis de este último punto desborda el citado art. 187, pues, como se advirtió *supra*, el segundo párrafo del art. 179 dispone que el incumplimiento del compromiso de no volver a infringir la ley penal tendrá como consecuencia la imposición de la sanción privativa de la libertad. Si se acoge la postura que realiza una interpretación exegética de esta disposición, cualquier reincidencia por parte del adolescente implicaría la obligación del juez de imponer la sanción privativa de la libertad. De hecho, por muy extrema que parezca, esta interpretación es sostenida y aplicada por algunos operadores del SRPA. Sin embargo, la mayoría reconoce que no se debe aplicar cuando el nuevo delito cometido por el adolescente no está castigado con pena de prisión en el Código Penal.

En contraposición con lo anterior, otros operadores del SRPA consideran que una interpretación tan amplia del mencionado párrafo es contraria al principio de legalidad, toda vez que el art. 187 restringe la procedencia de la privación de la libertad a determinados delitos. Por lo tanto, aducen que el párrafo solo es aplicable en aquellos supuestos en los que el nuevo delito es uno de los que admiten la sanción de privación de la libertad, según el artículo 187 CIA. En consecuencia, aunque no existe un criterio unificado respecto del alcance de la comentada disposición, incluso la tesis más amplia suele reconocer la no procedencia de la privación de la libertad frente aquellos comportamientos delictivos que no se encuentran castigados con pena de prisión en el sistema de adultos.

Más problemático resulta el cotejo con el estándar relativo a la idoneidad y necesidad de la sanción privativa de la libertad (estándar 18 b), pues no son escasas las decisiones en las que la situación de extrema vulnerabilidad del adolescente (por ser habitante de calle, consumidor de sustancias psicoactivas, estar desescolarizado, entre otros aspectos) se convierte en el factor determinante para la imposición de una sanción privativa de la libertad, bajo el argumento de la protección de los derechos del adoles-

cente. Incluso en una sentencia reciente, la CSJ,¹⁷ ante la imposibilidad de imponer una sanción privativa de la libertad en un supuesto de tentativa de hurto calificado (porque no se satisfacía la exigencia de una pena mínima de al menos seis años de prisión), impuso la sanción de internamiento en régimen semicerrado, pero sin la posibilidad de aplicar las restricciones de horario, toda vez que se trataba de un adolescente habitante de calle, desescolarizado y consumidor de sustancias psicoactivas. Dicha medida implica, según la CSJ, que el adolescente debe “cumplir con las exigencias propias del programa de rehabilitación al que sea vinculado, incluido el *internamiento o permanencia constante en la institución*, mientras avanza la intervención” (cursivas nuestras). Esto es, *de facto*, una sanción privativa de la libertad, aunque se rotule con una etiqueta diferente y se justifique con argumentos de protección.

Es en este punto, de mucha relevancia, en el que se perciben las mayores tensiones entre los estándares específicos para la imposición judicial de la sanción y la realidad del SRPA en Colombia.

Grado de consistencia o existencia de brechas específicamente en relación con la revisión judicial de la sanción, durante su ejecución. Estándares 21, 22 (en relación con el 17), 23, 24 (a-b), 25 (a-b) y 26

En Colombia, en el marco del SRPA, el mismo juez que dicta la sanción es el competente para vigilar su ejecución (art. 177, parágrafo 2º, CIA), lo que, por un lado, puede resultar positivo en tanto el juez conoce las circunstancias del adolescente y su proceso, pero, por otro lado, implica una alta carga de trabajo y la posibilidad de que, si el adolescente ha sido sancionado en varios procesos, haya simultáneamente varios jueces diferentes vigilando la ejecución de cada sanción y con criterios distintos, por ejemplo, frente a las posibilidades de sustitución.

La fase de ejecución de la sanción toma como base el Plan de Atención Individual (estándar 21), en el que se establecen los objetivos específicos, las medidas y acciones centrales que regirán dicha fase. En desarrollo de sus competencias, el juez recibe periódicamente un informe sobre el cumplimiento de este plan y la evolución del adolescente, lo que le permite tomar decisiones en cuanto a la sustitución de la sanción.

Con respecto a esto último, el CIA solo hace una mención muy somera a la posibilidad de sustituir la sanción de privación de libertad, pero no se

¹⁷ SP1143-2019.

establecen otras pautas. En este sentido, no existe un tiempo mínimo de cumplimiento de la sanción para que proceda la sustitución. Sin embargo, algunos operadores jurídicos entrevistados explicaron que hay jueces que sí exigen un tiempo mínimo y que incluso acuden a los tiempos establecidos en el sistema de adultos, para aplicarlos a adolescentes, lo que implica una clara contradicción con el estándar 23. En el otro extremo se encuentran jueces que incluso sustituyen la sanción en la misma sentencia en que la imponen. Si bien esto parecería comprensible cuando el adolescente ya ha estado privado de la libertad en virtud de una medida de internamiento preventivo, en muchas de las decisiones consultadas se aplica la sustitución justamente en virtud de que no se había impuesto durante el proceso una medida de internamiento preventivo, lo que demuestra la falta de necesidad de privar de la libertad al adolescente después de haber transcurrido un tiempo considerable entre la comisión del delito y la sentencia. Lo que resulta extraño es que no se imponga de una vez en la sentencia la sanción no privativa de la libertad,¹⁸ sin tener que dar el rodeo de la imposición e inmediata sustitución de la sanción privativa de la libertad.

En cuanto a la consideración del impacto que la ejecución de la sanción esté teniendo en el desarrollo e integración del adolescente, es posible identificar una brecha en tanto las manifestaciones del impacto negativo de la sanción suelen convertirse en razones para que el juez mantenga la medida, antes que para modificarla. Las decisiones en las cuales se sustituyen las sanciones normalmente hacen énfasis en aspectos como la escolarización del adolescente, el tratamiento efectivo contra el consumo de sustancias psicoactivas, la vinculación laboral, etc., mientras que los aspectos negativos suelen verse como un retroceso en el plan individual y, en este sentido, más que un argumento a favor, se convierten en un obstáculo para la sustitución.

También se percibe una brecha con respecto al estándar que postula que la reiteración delictiva en la etapa de ejecución de una sanción no privativa de la libertad no debería, en principio, modificar esta sanción (estándar 24 a). Como ya se ha insistido aquí, el art. 179, párrafo 2º, CIA, dispone que el incumplimiento del compromiso de no volver a infringir la ley ocasiona que se imponga la sanción de privación de la libertad. En este sentido, se echa de menos en los análisis y decisiones sobre sustitución la

¹⁸ A pesar de la línea jurisprudencial que lo posibilita, que abrió la sentencia 2159-2018 de la CSJ, ya mencionada.

reflexión sobre la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en el fenómeno de la reincidencia, que suele concebirse, de manera errada, como un “fracaso” atribuible en exclusiva al adolescente.

Grado de consistencia o existencia de brechas específicamente en relación con la obtención y uso de información sobre las circunstancias del adolescente. Estándares 27, 28, 29 y 30 (a-c)

Este tipo de información es recopilada por un equipo técnico interdisciplinario adscrito al ICBF y conformado por un psicólogo, un trabajador social, un nutricionista y un educador o pedagogo, cada uno de los cuales contribuye a la elaboración de un informe integral que da cuenta de las circunstancias particulares del adolescente. En cuanto al procedimiento de las entrevistas de cada uno de los profesionales, los lineamientos técnicos del ICBF establecen un conjunto de orientaciones generales, e, igualmente, advierten de la necesidad de brindar un trato respetuoso al adolescente y de informarle sobre el propósito del proceso y sus derechos y obligaciones.

Por otro lado, como se ha evidenciado, el informe que construyen estos profesionales constituye un insumo importantísimo a lo largo de todo el proceso de determinación de la responsabilidad penal y, posteriormente, durante la ejecución de la sanción. Sin embargo, existen algunas brechas entre este procedimiento de obtención de información sobre las circunstancias del adolescente y lo consagrado en los mencionados estándares.

En primer lugar, aunque los funcionarios encargados de entrevistarse con el adolescente y construir el informe se encuentran capacitados para esa tarea, muchas veces los jueces y fiscales no cuentan con la formación interdisciplinaria y específica que exigen los estándares y el mismo CIA, lo cual resulta contraproducente al momento de valorar la información contenida en el informe. Lo anterior sucede, principalmente, por la frecuencia de los traslados de funcionarios del sistema de adultos al SRPA.

Por otro lado, la información consignada en el informe no necesariamente se usa de diferente manera en cada una de las fases procesales. Una vez que este documento es conocido por el juez, se convierte en un recurso argumentativo para todas las decisiones que se toman dentro del proceso. De hecho, si bien al iniciar la ejecución de la sanción se realizan otros informes sobre el avance específico del adolescente en su proceso de integración social, ese primer informe sigue siendo esencial, pues es la herramienta que permite al juez determinar el avance del adolescente

en relación con las falencias o necesidades identificadas y acceder, por ejemplo, a la sustitución de la sanción.

Igualmente, el concepto inicial es la base para la elaboración del Plan de Atención Individual, que es el que establece los objetivos específicos, las medidas y las acciones centrales que regirán la fase de la ejecución de la sanción. En ese sentido, las circunstancias propias del adolescente que determinan asuntos relacionados con la ejecución son conocidas desde el primer informe, y no tras haberse establecido la culpabilidad del adolescente.

Por último, con justificación en el propósito de las entrevistas que se realizan al adolescente, se rechaza la posibilidad de que lo acompañe su defensor, en contradicción con lo sugerido por los estándares.

SEGUNDA PARTE

Caso 1

i) ¿Qué incidencia tendría la circunstancia de que Juan ha reiterado en numerosas ocasiones conductas similares, siendo incluso condenado por algunas de ellas?

El artículo 179 del CIA fija los criterios que el juez debe tener en cuenta para determinar el tipo y la duración de la sanción y, adicionalmente, su segundo párrafo consagra un parámetro de decisión en relación con la reiteración de conductas delictivas por parte del adolescente, a saber: *“El incumplimiento por parte del adolescente del compromiso de no volver a infringir la ley penal, ocasionará la imposición de la sanción de privación de libertad por parte del juez”*.

En este sentido, la mencionada disposición pareciera no dejar espacio a consideraciones adicionales, y así lo entienden muchos de los entrevistados, de tal suerte que la reiteración de conductas delictivas por parte de Juan tendría como consecuencia necesaria la sanción de privación de libertad, incluso aunque el nuevo delito fuera uno de aquellos a los que el art. 187 CIA no les asigna tal sanción y, más grave aún –pero esta ya sería la interpretación más extrema e insular–, aunque el nuevo delito ni siquiera estuviera castigado con pena de prisión en el sistema de adultos.

Ahora bien, varios operadores del sistema se muestran reacios a aceptar esta interpretación (en cualquiera de las dos variables, aunque obviamente el mayor rechazo se presenta frente a la interpretación más extrema). Advierten que el juez debe aplicar esa norma en armonía con lo dispuesto

en los instrumentos internacionales en materia de infancia y adolescencia, que prevén el carácter de último recurso de la privación de la libertad. Igualmente se refieren a la posición adoptada por la CSJ desde la sentencia SP-2159-2018 frente a la aplicación del artículo 187 CIA, según la cual a los supuestos previstos en este artículo no hay que aplicarles *siempre* la sanción privativa de la libertad, sino que, de aplicarse esta, *solo* puede hacerse para dichos supuestos.¹⁹ Así, consideran que antes de imponer la sanción de privación de la libertad, se deben analizar las circunstancias concretas del adolescente y partir de la premisa fundamental –también sostenida por la CSJ en esta sentencia y posteriores– de que la privación de la libertad debe considerarse como el último recurso. En esta línea, quienes asumen tal postura sostienen que si con esa lógica debe aplicarse el artículo 187 CIA, que regula concretamente los supuestos de procedencia de la privación de la libertad, con más razón debería hacerse en los supuestos del párrafo 2º del artículo 179.

En conclusión, para muchos operadores del sistema, la reincidencia de Juan inevitablemente conduciría a que se le imponga la privación de la libertad, mientras que, para otros –y es la interpretación que aquí se comparte–, la sanción privativa de la libertad no vendría *exigida* por el párrafo 2º del art. 179 CIA, y sería necesario analizar las circunstancias particulares de Juan, en aras de adoptar las medidas que mejor se ajusten a sus necesidades.

ii) ¿Qué incidencia tendrían sus circunstancias personales?

Como ya se dijo, es muy probable que, en virtud de la primera interpretación del párrafo 2º del art. 179 CIA, la sanción impuesta a Juan sea privativa de la libertad. No obstante, las mencionadas circunstancias personales, familiares y socioeconómicas de Juan tendrían una gran incidencia en la determinación de las acciones adicionales que se deben realizar para que la sanción cumpla su propósito de corregir las causas que lo indujeron a la comisión de la conducta delictiva.

En este orden de ideas, las circunstancias de Juan influyen para que, mientras este ejecuta la sanción de privación de la libertad con el debido

¹⁹ Señala la CSJ que “... si en virtud del principio de legalidad de la pena sólo pueden imponerse al menor las sanciones definidas en la ley, la privación de la libertad en centro de atención especializada procede exclusivamente en los eventos señalados en el artículo 90 de la Ley N° 1.453 de 2011 que modificó el artículo 187 del Código de Infancia y Adolescencia”.

acompañamiento psicológico, por fuera la madre y la hermana deban someterse a terapias psicológicas, individuales y colectivas, que les ayuden a perfilar el hogar, asumir su rol de figuras de autoridad para Juan y establecer pautas de crianza. Igualmente, debería buscarse al padre para que asuma su rol respecto a la crianza y sostenimiento de Juan. Todas estas medidas pueden ser ordenadas por el juez en la sentencia y adicionarse o complementarse posteriormente con el propósito de mejorar las circunstancias del adolescente.

Finalmente, un proceso satisfactorio de Juan al interior del centro, y también en las demás medidas ordenadas por el juez, puede conducir a la posibilidad de sustituir la sanción por una no privativa de la libertad. Ahora bien, este requisito para la sustitución de la sanción plantea problemas por cuanto se da importancia no solo al cumplimiento de la sanción y el proceso propio del adolescente, sino también al cumplimiento de las medidas decretadas para corregir falencias de su entorno social o familiar, medidas cuyo cumplimiento no está en manos del adolescente.

iii) ¿La baja gravedad (en términos relativos) del delito por el cual se le condenó sería un obstáculo insalvable para el tribunal, en contra de la imposición de una sanción privativa de libertad?, ¿o las demás circunstancias del caso le permitirían escoger una sanción de esta naturaleza, si la considerase necesaria para los fines considerados por la ley?

Con independencia de las reflexiones que ya se hicieron en la respuesta a la pregunta i, relativas a los efectos de la reincidencia en este caso, en Colombia, por decisión del legislador, el delito por el cual fue condenado Juan no es uno de aquellos que se considere de baja gravedad (en términos relativos), y eso hace que se incluya dentro de los delitos que, según el art. 187 CIA, están cobijados con sanción privativa de la libertad. En esa medida, no existiría un obstáculo insalvable para que el tribunal impusiera dicha sanción.

No obstante, como se advirtió antes, según la postura más reciente de la CSJ, al tribunal no debe bastarle con que el delito tenga asociada sanción privativa de la libertad en el CIA para imponerla automáticamente, y esa decisión tendrá que venir acompañada del análisis de las circunstancias concretas del adolescente. Como consecuencia de esta misma línea de interpretación de la CSJ, en los casos en que no procede la privación de la libertad porque no se satisfacen los supuestos del art. 187 CIA, esta no podrá imponerse atendiendo únicamente a las circunstancias particulares del caso.

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por los estándares 10 a), 10 b), 12 c), 15, 16, 18 a) y b), y 20?

En efecto, se identifican algunas brechas entre lo dispuesto en los mencionados estándares y el derecho aplicado en el SRPA colombiano:

En primer lugar, el caso analizado pone de relieve el gran énfasis que se hace en la gravedad objetiva del delito, o incluso en la mera reincidencia, al momento de determinar la sanción. Igualmente, circunstancias como los déficits educativos o de socialización del NNA son tenidas en cuenta para determinar las medidas adicionales que deben acompañar la sanción, pero no se traducen necesariamente en una disminución del juicio de reproche al adolescente.

Por otro lado, el párrafo 2° del artículo 179 que se aplica, según la interpretación más extendida, al supuesto de Juan –haciendo ineludible la sanción privativa de la libertad– constituye una orden al juez referente a tener en cuenta los antecedentes del menor e imponer sanción de privación de la libertad frente a cualquier reincidencia de su parte. En este mismo sentido, llama la atención que el artículo 159 del CIA impida que las sentencias penales proferidas contra los adolescentes se tengan como antecedentes judiciales, mientras que, a su vez, permite que esa información sea utilizada para establecer la naturaleza y gravedad de las conductas y la idoneidad de la medida.

Otra brecha grande entre el derecho aplicado en Colombia y los estándares se percibe cuando el segundo párrafo del artículo 179 impide al juez –al menos desde la primera interpretación que se ha expuesto– considerar sanciones diversas a la privación de la libertad ante la reincidencia. De alguna manera se introduce una especie de presunción respecto a que, ante cualquier reincidencia por parte del adolescente, las demás sanciones son insuficientes o poco idóneas. La literalidad de la norma no da al juzgador la posibilidad de analizar si existen elementos que permitan desvirtuar la mencionada presunción, puesto que su redacción es imperativa.

1) Si el tribunal decidiese imponer una sanción no privativa de libertad, orientada a la inserción social de Juan, ¿qué decisión adoptaría en relación con la intervención socioeducativa que ya se encontraba en curso en el momento de los hechos?

Es importante precisar que, para establecer la procedencia de una sanción no privativa de la libertad, el juez que decida el caso de Juan, divergiendo

de la posición que parece mayoritaria, tendría que evitar la interpretación estricta del párrafo 2º del artículo 179 y, tras analizar las circunstancias concretas y necesidades del adolescente, concluir que la sanción procedente es diferente a la establecida en la mencionada norma.

Ahora, para decidir sobre la intervención socioeducativa que venía adelantándose con Juan, el juez debería analizar los resultados de la entrevista motivacional para determinar cuáles son sus intereses e, igualmente, establecer un diálogo con el adolescente sobre las razones por las cuales dejó de asistir al programa. Lo anterior, con el propósito de obtener elementos que permitan integrarlo a un programa más ajustado a sus necesidades y motivaciones.

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por los estándares 22, 24 a) y 25 a)?

En efecto, se evidencia la existencia de brechas entre el derecho aplicado en el marco del SRPA y los señalados estándares. En concreto, estos últimos abogan por que la reiteración delictiva durante la fase de ejecución de una sanción no conlleve necesariamente a la modificación de la misma y rechazan de plano que, cuando se efectúe la modificación, se imponga sanción de privación de la libertad. No obstante, ya se ha hecho referencia a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 179, así que basta agregar que el mismo no distingue si el adolescente se encuentra o no en fase de ejecución de la sanción, y la mera reincidencia traería aparejada la imposición de la sanción de privación de la libertad si no se acoge la interpretación que aquí se ha considerado como más adecuada.

Caso 2

1) ¿Es posible que la información relativa al incidente previo de Pedro, conocido por el sistema de protección a la niñez, llegue a conocimiento de la justicia especializada para adolescentes?

Como se advirtió previamente, los adolescentes pueden ingresar al SRPA a partir de los 14 años; antes de esa edad, no son sujetos de la acción penal, sino sujetos de protección integral y de derechos. En este sentido, la conducta realizada por Pedro antes de cumplir los 14 años activó un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD) por parte de una autoridad administrativa completamente independiente y autónoma frente a la jurisdicción penal de adolescentes.

Por estas razones, el fiscal no podría llevar al proceso penal ningún tipo de información relacionada con los procesos adelantados frente a Pedro en el marco del PARD y, de intentarlo, enfrentaría la oposición del representante del adolescente y del defensor de familia como interviniente con deberes de protección y garantía de los derechos del adolescente dentro de la actuación judicial (arts. 82 y 146 CIA).

En el mismo orden de ideas, el juez debe evitar que el contenido del informe psicológico relacionado con el primer incidente sea allegado al proceso y, definitivamente, no puede usarlo como argumento para inferir elementos de la responsabilidad de Pedro por el hecho que lo condujo al SRPA.

Por último, es necesario precisar que esta prohibición de referirse en el proceso penal a hechos ocurridos con anterioridad solo opera cuando estos últimos tuvieron lugar antes de que el menor cumpliera la edad mínima de responsabilidad penal, pues la información relacionada con los ingresos anteriores al SRPA puede ser usada para establecer la naturaleza y gravedad de las conductas del adolescente, al igual que para determinar las medidas aplicables y su idoneidad (art. 159 CIA).

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por los estándares 29 y 30 a)?

En la operatividad del SRPA no hay filtros en cuanto a la información pertinente según la fase procesal. En este sentido, la información que se recoge en las entrevistas que se realizan al adolescente al ingresar al sistema se convierte en fuente argumentativa de casi todas las decisiones que se van produciendo a lo largo del proceso, desde la procedencia o no del internamiento preventivo hasta la determinación del tipo de sanción y su duración, y la naturaleza de las medidas adicionales. Lo anterior evidencia una brecha con respecto a los estándares referidos.

2) En relación con la entrevista psicológica a la que ahora Pedro debe concurrir, y cuyos resultados son preocupantes para sus padres y su defensa:

¿Puede concurrir Pedro acompañado por su defensor?

Las entrevistas que se hacen al ingresar al sistema se hacen al adolescente y a su familia, pero no es posible que a estas concurra el defensor, porque se entiende que este podría sugestionar o inducir a ciertas respuestas en contradicción con propósito de esas diligencias, que es determinar

las características y necesidades del adolescente y su entorno, como por ejemplo el consumo de sustancias, su vinculación escolar, sus relaciones familiares, la existencia de pares negativos o de problemas con el control de sus emociones, entre otros.

Si el psicólogo se entera (en esa entrevista) del anterior episodio de violencia protagonizado por Pedro, ¿puede revelarlo en su informe?

El psicólogo no debería consignar esa información, teniendo en cuenta que fue un hecho realizado cuando Pedro no tenía la edad mínima para responder penalmente. Sin embargo, como se vio, en caso de que llegue a dejar constancia de ese hecho, el representante de Pedro y el defensor de familia deberán oponerse a que esa información sea discutida o revelada en el trámite judicial y más aún, a que sea un argumento usado para decidir el caso actual.

Si el psicólogo se entera de que Pedro, en esta según oportunidad, en realidad no atacó a su compañero de curso en reacción pasional frente al acoso escolar, sino de forma más bien fría y planificada, ¿es posible que lo consigne en su informe para la justicia penal de adolescentes?

El informe que se prepara con base en las entrevistas realizadas al adolescente por parte del equipo técnico de la defensoría de familia tiene carácter de dictamen pericial; por lo tanto, si el psicólogo advierte que existen elementos que indican que Pedro actuó de forma fría y planificada, podría consignar esa información en su informe. No obstante, la defensa de Pedro naturalmente podrá aportar medios de prueba dirigidos a desvirtuar lo expuesto por el psicólogo.

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por el estándar 30 b) y c)?

Una gran brecha entre los estándares y el derecho aplicado en Colombia consiste en la imposibilidad que tiene el adolescente de asistir a las entrevistas que realiza el equipo técnico de la defensoría de familia (y que son insumo fundamental para las decisiones que con posterioridad tomará el juez) en compañía de su defensor. En efecto, aunque la defensoría de familia es un ente independiente de la fiscalía y la defensa, y dentro de cuyas funciones se encuentra asistir al adolescente y proteger sus derechos, el informe que construye con base en las entrevistas puede contener elementos en los que el adolescente se autoincrimine como consecuencia de que la defensa no pueda acompañarlo en estas diligencias.

Segundo supuesto

¿Cuáles serían las principales consideraciones que el tribunal tendría en cuenta para decidir si impone o no una sanción de internamiento (en régimen cerrado)?

A efectos de determinar el tipo de sanción, el juez tendría en cuenta, por un lado, que se trata de uno de esos delitos que, según el art. 187, inciso 3º, tienen asociada sanción privativa de la libertad. No obstante, como se advirtió en el caso 1, la jurisprudencia más reciente de la CSJ no consideraría este un criterio suficiente para la imposición de dicha sanción y el juez debería valorar otras circunstancias, como la gravedad del delito, las circunstancias particulares en las que se produjo, la vinculación escolar de Pedro, el hecho de que sea su primer ingreso al sistema, su buen contexto familiar y la disposición y preocupación de sus padres.

En el mismo sentido, teniendo en cuenta que Pedro fue sometido a la medida de aseguramiento de internamiento preventivo, al momento del juez determinar el tipo y duración de la sanción tendría mucho peso el informe que rinda el centro en el que Pedro ha estado internado respecto a cómo ha evolucionado su proceso y cuál ha sido su comportamiento. Incluso, si el juez decidiera imponer una sanción de privación de la libertad, podría sustituirla en la misma sentencia ante un balance positivo de la evolución de Pedro durante el internamiento preventivo.

En particular, el hecho de que la condena se funde en un homicidio doloso, ¿constituye un fundamento suficiente para imponer esa sanción, con independencia de las circunstancias concretas del hecho?

Como acaba de advertirse, según la jurisprudencia de la CSJ previa a 2018, en los términos del artículo 187 del CIA debería imponerse sanción de privación de la libertad por el mero hecho de tratarse de un homicidio doloso. Ahora bien, desde 2018 la CSJ ha sido enfática en la necesidad de analizar –incluso en los supuestos del artículo 187– no solamente la gravedad del delito, sino también las circunstancias y necesidades concretas del adolescente, teniendo en cuenta el carácter de último recurso de la privación de la libertad.²⁰

En consecuencia, el hecho de que sea un homicidio doloso no impide analizar todas las demás circunstancias de la conducta y del adolescente. De hecho, hacerlo es absolutamente necesario, en concordancia con la más reciente línea jurisprudencial de la CSJ.

²⁰ Véanse, entre otras, las sentencias SP2159-2018, SP3119-2018, SP212-2019.

¿Constituyen antecedentes de importancia para que el tribunal prefiera evitar el internamiento (en régimen cerrado) las siguientes circunstancias personales?

El hecho de que Pedro tenga comprometido apoyo de su familia; el alto nivel educativo de esta; el nivel y la calidad de la educación que recibe Pedro y su alto desempeño personal, y sus claras opciones de acceder en el futuro a formación profesional.

En efecto, todas esas circunstancias serían tenidas en cuenta por el juez como razones de peso para evitar la sanción de privación de la libertad, pues justamente lo que busca esta, como todas las demás, es asistir al adolescente para fortalecer su proceso de integración social y mejorar las condiciones que se identifican como causas del delito por parte del equipo técnico y el juez. Así, pues, en el caso de Pedro es muy probable que, evidenciadas esas circunstancias, más los posibles buenos resultados de su proceso durante el internamiento preventivo, el juez opte por evitar el internamiento del adolescente, bien sea imponiendo y sustituyendo la sanción privativa de la libertad o imponiendo una sanción diferente.

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por los estándares 10 a) y b), 12 a) y b), y 18 letras a) a la e)?

Teniendo en cuenta la nueva interpretación jurisprudencial que, a partir de 2018, ha dado la CSJ, en el sentido de que el art. 187 CIA no implica que en los supuestos a los que se refiere haya que aplicar *siempre* la sanción privativa de la libertad, sino que *solo* puede aplicarse en dichos supuestos, y como último recurso, no se identificarían brechas relevantes entre el derecho aplicado y los mencionados estándares. Sin embargo, es importante advertir que el cambio de interpretación y de aplicación del art. 187 CIA se viene presentando de manera gradual, y no puede afirmarse categóricamente que todos los jueces estén alineados con la jurisprudencia más reciente de la CSJ. En aquellos supuestos en que no lo estén, la brecha se revela como manifiesta y de mucha trascendencia.

Caso 3

Aclaración preliminar: es importante advertir que el CIA no regula los supuestos de acumulación jurídica de sanciones ni se encontraron sentencias de la CSJ –como órgano de cierre de la jurisdicción– que tomen posición respecto a la procedencia o no de esta figura en el marco del SRPA. Ahora, según el criterio compartido por la mayoría de los actores del sistema que

fueron entrevistados, en el SRPA colombiano no es procedente la aplicación de esta figura en la medida en que no fue prevista por el legislador en el CIA y puede resultar contraria al carácter pedagógico, específico y diferenciado del SRPA.

Sin embargo, como en otros asuntos fundamentales en cuanto a la operatividad del sistema, se evidenció que tampoco existe un acuerdo total en relación con la no procedencia de la acumulación jurídica de sanciones. De hecho, en un auto del 2017,²¹ un Tribunal Superior²² modificó en términos cuantitativos una decisión de acumulación de sanciones tomada por un juez de inferior jerarquía.

En la comentada decisión, el Tribunal aplicó sin cuestionamientos las normas del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal que regulan la acumulación jurídica de sanciones, y determinó que la misma debía ser más benéfica al adolescente en virtud de sus circunstancias y los buenos resultados de su proceso.

Así, pues, en vista de que todos los entrevistados se posicionaron en contra de la procedencia de la acumulación jurídica de sanciones en el SRPA, este punto se abordará desde esa premisa, dejando constancia de la decisión judicial que se encontró en el sentido contrario.

i) ¿Qué consideraciones tendría en cuenta el tribunal frente a la solicitud de la defensa de Silvia?

Como ya se explicó, en Colombia no tiene mucha acogida la posibilidad de acumulación de las sanciones en el marco del SRPA y, adicionalmente, en el caso concreto tampoco se satisfacen los requisitos de conexidad exigidos para que opere la unidad procesal²³ y Silvia pueda ser sancionada por ambas conductas en el marco de un mismo proceso. Lo anterior se suma al hecho de que, por disposición expresa del CIA, el juez que impone la sanción al adolescente es el encargado de vigilar la ejecución de la misma (art. 177, parágrafo 2º, CIA). Así, pues, las conductas cometidas por Silvia se juzgarían en Colombia a través de dos procesos distintos, por lo que es altamente probable que para cada una de las sanciones el juez que vigila

²¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Auto de 23 de marzo de 2017 (Proceso N° 2016-00125-01). Disponible en: <https://n9.cl/9zoe>.

²² En Colombia, los tribunales superiores están inmediatamente debajo de la Corte Suprema de Justicia en la jerarquía de la jurisdicción ordinaria.

²³ Artículo 51 del Código de Procedimiento Penal.

la ejecución sea diferente. De ahí que la solicitud de sustitución plantee ciertos problemas.

En concreto, el juez de ejecución de la primera sanción puede acceder a la solicitud de sustitución, teniendo en cuenta consideraciones como el estado de gestación de Silvia, su buen comportamiento, su compromiso con el proceso de reinserción escolar, su notable avance en cuanto al tratamiento de sus adicciones y la estructuración de un proyecto de vida. Pero, sobre todo, es una razón determinante su estado de gestación, por cuanto los centros de ejecución de las sanciones no están acondicionados para la atención de adolescentes embarazadas.

No obstante, la consecuencia inmediata de esta decisión sería que Silvia permanecería internada en el centro e iniciaría la ejecución de la segunda sanción. Es decir, la única alternativa de la adolescente es que el juez de ejecución de esta última sanción también considere, en virtud de los mismos hechos, que el proceso pedagógico de Silvia ha sido satisfactorio y acceda igualmente a la sustitución de la segunda sanción.

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por el estándar 22, en relación con el 17?

En efecto existen algunas brechas, pues es de esperar que ciertas manifestaciones del impacto negativo que la sanción de privación de la libertad pueda estar teniendo frente al proceso de integración social del adolescente sean leídas por los jueces como retrocesos y justifiquen, de hecho, el mantenimiento de la sanción antes que su modificación. Por ejemplo, es muy probable que un adolescente que se encuentre especialmente afectado por la privación de la libertad se muestre menos entusiasta al momento de cumplir con la ejecución de las medidas impuestas durante la privación de la libertad, pero es básicamente el avance que presente en estas lo determinante para que el juez decida de manera favorable sobre la sustitución de la sanción.

ii) ¿Qué peso desempeñaría en la decisión del tribunal la circunstancia de que la porción de tiempo de cumplimiento de sanción transcurrido es muy baja?

El factor temporal no es determinante para decidir la sustitución, pues: i) el artículo 187 del CIA permite que se sustituya parte de la sanción de privación de la libertad, sin exigir como requisito un término mínimo de ejecución efectiva de esta sanción; y ii) no hay que olvidar que el propósito del SRPA es pedagógico y restaurativo, no retributivo. En esta línea,

independientemente del tiempo que Silvia lleva en cumplimiento de su sanción, si ambos jueces consideran que su proceso ha sido satisfactorio y la situación de la privación de la libertad ha pasado de ayudarla a avanzar en el mismo a perjudicarla –como lo evidencian los conceptos del director de la escuela y el terapeuta–, podrían acceder a la sustitución.

Ahora bien, no hay que desconocer que en la práctica algunos jueces podrían exigir un término mínimo de ejecución de la sanción para la procedencia de la sustitución. Incluso, durante las entrevistas realizadas se hizo referencia a un juez trasladado al SRPA desde el sistema de adultos que suele sustituir la sanción a partir del momento en que el adolescente cumple las 3/5 partes de la duración de esta, de conformidad con los requisitos del art. 64 del Código Penal para el beneficio de la libertad condicional en el sistema de adultos.

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por el estándar 23?

En este aspecto, el derecho aplicado en Colombia está alineado con la recomendación del estándar. Lo anterior, en tanto que la ley no establece un término mínimo de ejecución efectiva de la sanción como requisito para la procedencia de la sustitución. De hecho, es importante anotar que la jurisprudencia de la CSJ ha reconocido la posibilidad de que la sanción de privación de la libertad se sustituya directamente en la sentencia cuando el adolescente estuvo en internamiento preventivo y presentó un proceso de integración social satisfactorio.²⁴ No obstante, como se advirtió arriba, algunos jueces sí exigen un tiempo mínimo de cumplimiento de la sanción para acceder a su sustitución, y esto los distanciaría de lo sugerido por el estándar.

iii) ¿Es probable que el tribunal accediese a la sustitución de la sanción por una no privativa de libertad? ¿O es más probable que solo modificase las condiciones de ejecución, sin poner término a la internación?

En el caso de Silvia, lo más probable sería que se sustituya la sanción por una no privativa de la libertad, pues los centros de ejecución no tienen la capacidad para atender adecuadamente a las adolescentes en estado de gestación. De hecho, como se vio, este es uno de los argumentos más im-

²⁴ Corte Suprema de Justicia. AP4263-2014 (Rad. 44102) y AP8060-2017 (Rad. 50697).

portantes que deben ser tenidos en cuenta al momento de decidir la solicitud elevada por la defensora de Silvia.

Adicionalmente, vale la pena poner de relieve que ya los conceptos de los profesionales encargados de acompañar la ejecución de las medidas (que acreditan el buen proceso adelantado por Silvia) serían elementos de juicio suficientes para que los jueces –más aún el de la primera sanción– accedan a la solicitud de sustitución por una medida no privativa de la libertad.

iv) Si el tribunal no sustituyese la sanción, ¿las nuevas circunstancias planteadas por la defensa de Silvia tendrían un impacto en los objetivos y condiciones del plan de ejecución de la sanción?

En el caso de que los jueces decidieran no sustituir la sanción por una no privativa de la libertad, sería necesario introducir ciertas modificaciones en las medidas dirigidas al proceso de integración social de la adolescente. En particular, se reforzaría el acompañamiento psicológico de Silvia para atender sus síntomas de estrés y depresión, y tendría que disponerse también de un acompañamiento oportuno y cualificado que le permita afrontar la incertidumbre que siente ante la maternidad.

¿Identifica usted a este respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por el estándar 21?

En términos generales, no se perciben brechas entre el derecho aplicado y las consideraciones del estándar 21. Como se explicó en la primera parte de este trabajo, respecto a cada adolescente que ingresa al SRPA se elabora un Plan de Atención Individual, que es revisado y actualizado, y de cuya evolución se informa al juez de manera periódica, constituyéndose en insumo para la decisión sobre la sustitución (que puede hacerse también de oficio). La dificultad que puede encontrarse en nuestro sistema viene dada por el hecho de que la vigilancia de las sanciones, cuando se han seguido dos o más procesos en contra del adolescente, puede estar a cargo de distintos jueces (que vigilan, cada uno, la sanción que impusieron), con la disparidad de criterios que ello puede generar respecto a la evolución y necesidades del adolescente, y, en consecuencia, respecto a la decisión sobre la sustitución.

PRIMERA PARTE

Antecedentes: marco legal de la determinación y revisión judicial de las sanciones penales de adolescentes (ley especial, aplicación subsidiaria de legislación común, posibles normas administrativas aplicables en la ejecución)

El marco legal de la determinación y revisión judicial de las sanciones penales a adolescentes está recogido en España en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM).³ La LORPM contiene la regulación completa de la justicia penal juvenil: el derecho sustantivo (sistema de medidas, reglas de determinación y ejecución de las mismas, y régimen de responsabilidad civil); el derecho adjetivo (normas de procedimiento), y, por último, el régimen de aplicación de la medida privativa de libertad.

La LORPM es una ley especial que desarrolla el contenido del arts. 19 del CP, según el cual “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad

¹ Prof. Ordinaria de Derecho Penal, U. P. Comillas-ICADE, Cátedra Derechos del Niño.

² Profesor adjunto de Derecho Penal y Mediación, Universidad Internacional de Valencia (España), Profesor CAS, Justicia Juvenil, Universidad de Ginebra, Terre des Hommes (Suiza); experto asociado Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (Costa Rica).

³ La LORPM fue aprobada mediante LO 5/2000, de 12 de enero, que entró en vigor el 13 de enero de 2001, al año siguiente de su publicación en el BOE. La LORPM está disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/12/5/con>.

cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”.⁴ Es decir, la LORPM parte de un modelo de exigencia de responsabilidad a los menores infractores que rechaza el histórico y tradicional modelo tutelar, tuitivo y correccional de la legislación anterior, que había quedado anacrónico y desfasado, y configura un modelo basado en la idea de responsabilidad por la comisión de la infracción penal, aunque establece una responsabilidad diferente a la que se exige a los adultos.

Por otra parte, la LORPM establece una jurisdicción especializada, declarando en su art. 2 que la competencia para conocer de las infracciones penales de los menores entre 14 y 18 años corresponde a los juzgados de menores, que forman parte del Poder Judicial como órganos jurisdiccionales ordinarios, pero especializados.

El carácter subsidiario de la legislación penal y procesal penal común se establece en la Disposición Final Primera de la LORPM,⁵ y en el art. 5 de manera expresa se señala que a los menores les son aplicables las mismas causas de exención y extinción de la responsabilidad penal que a los adultos.⁶

⁴ La mayoría de edad penal no se establece en el CP, sino en la propia LORPM, que en su art. 1.1. la fija en 14 años. Por otra parte, hay que recordar que en su versión original la LORPM desarrollaba también el contenido del art. 69 del CP de 1995, que establece que *“al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga”*. Sin embargo, las sucesivas reformas de la LORPM hicieron que la previsión de aplicar la LOPRM a los jóvenes de 18 a 21 años no llegara siquiera a entrar en vigor, aunque no se derogó el art. 69 del CP.

⁵ Establece la Disposición Final Primera de la LORPM que *“Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1995, 777) y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma”*.

⁶ Según el art. 5.1 de la LORPM, *“Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal”*. El carácter subsidiario de la legislación penal de adultos es apreciable también en algunos supuestos en los que, para beneficiar siempre al menor, se aplica analógicamente alguna de los principios de determinación de la pena de adultos. Así, la SAP de Zaragoza (Sección 6ª), núm. 333/2019, de 13 agosto, considera que, dado que el CP en su art. 29 castiga con menos pena al cómplice que al autor, también al menor cómplice hay que reducirle la duración de la medida impuesta de tal forma que sea menor que la del autor del delito.

La LORPM se complementa con un Reglamento⁷ que desarrolla la ley en lo relativo a tres materias concretas: la actuación de la Policía Judicial y del equipo técnico; la ejecución de las medidas cautelares y definitivas, y el régimen disciplinario de los centros.

Además, debe recordarse que, según se establece en el art. 45 LORPM, son las comunidades autónomas (CC. AA.) y las ciudades de Ceuta y Melilla las competentes para la ejecución de las medidas que dicten los juzgados de menores en aplicación de la LORPM,⁸ la disposición se complementa con lo establecido en los art. 8 y 9 del Reglamento.

Que la ejecución de las medidas impuestas como respuesta a la responsabilidad penal de los adolescentes esté delegada a las CC. AA. se entiende mejor si se tiene en cuenta que en España el marco jurídico de protección a la infancia está constituido por: 1) la Ley de Protección Jurídica del Menor (LOPJM),⁹ que establece las bases generales del sistema de protección pública de menores en el conjunto del territorio; 2) por lo dispuesto en el derecho civil de familia; y 3) por lo establecido en las leyes de protección de la infancia de las CC. AA.

Compatibilidad general o tensiones (o “brechas”) entre los presupuestos del sistema de determinación y revisión judicial de sanciones aplicado por los tribunales en el país, por una parte, y los principios

⁷ El Reglamento fue aprobado por Real Decreto Nº 1774/2004, de 30 de julio, disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/2004/07/30/1774>.

⁸ Establece el art. 45 de la LORPM que: “1. La ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes es competencia de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, con arreglo a la disposición final vigésima segunda de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Dichas entidades públicas llevarán a cabo, de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esta Ley. 2. La ejecución de las medidas corresponderá a las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, donde se ubique el Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo siguiente. 3. Las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución”.

⁹ Se trata de la LO 1/1996, de 15 de enero, cuya versión consolidada puede consultarse en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-1069-consolidado.pdf>.

y definiciones generales propuestos por los Estándares Comunes, por la otra. Estándares 1 e), 3 c), 5 d) y 6

Respecto de los presupuestos del sistema de determinación de las sanciones establecido en la LORPM se puede afirmar que es compatible con los principios y definiciones generales propuestos en los *Estándares Comunes* 1, 3, 5 y 6.

Respecto del estándar 1: La LORPM es una ley formalmente sancionadora, puesto que pretende exigir responsabilidad penal al menor por la comisión de sus hechos punibles; esta naturaleza está presente en todo el procedimiento establecido para la exigencia de dicha responsabilidad. Así, el art. 1.2 de la LORPM declara que los menores sometidos a esta ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, y en particular de los derechos reconocidos en la LOPJM, en la Convención de Derechos del Niño y en los tratados válidamente celebrados por España.¹⁰

En concreto, la referencia a los derechos constitucionales consagra un modelo de justicia basado en la comisión de hechos punibles, en el que la imposición de las medidas al menor debe hacerse respetando las mismas garantías penales y procesales que rigen respecto de los adultos (principio acusatorio, principio de presunción de inocencia, etc.).¹¹

Respecto de la fundamentación de las sentencias de menores, el art. 39.1 exige los mismos requisitos que se establecen para las de adultos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, demandando que se valoren las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Ministerio Fiscal, el letrado del menor y el resto de las partes, las circunstancias del hecho y las particulares del

¹⁰ De especial importancia es la referencia del art. 1.2 LORPM a que los menores disfrutan no solo de los derechos constitucionales y los reconocidos por la LOPJM, sino también de los contenidos en la CDN y los tratados internacionales, entre las que se cuentan las Reglas de Beijing, de singular importancia en materia de justicia penal juvenil en tanto que estipulan que cualquier respuesta a la delincuencia juvenil será proporcionada a las circunstancias tanto del joven como del delito.

¹¹ Así, por poner un ejemplo, aunque la LORPM no prevé expresamente que el menor sea oído en el período de instrucción, ya desde los primeros tiempos de aplicación de la ley los tribunales así lo exigieron con expresa invocación del art. 1.2. Véase el Auto N° 2/2001 de 21 marzo, de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª), resolviendo un recurso de queja por este motivo.

menor, para decidir la medida a imponer y su duración, y el art. 7.3 exige del juez que motive sus decisiones.¹²

El enjuiciamiento corresponde a los jueces de menores, que también son competentes para hacer ejecutar y controlar las medidas impuestas en la sentencia. La competencia para conocer, en general, de los delitos que se imputen a los menores se atribuye, en primera instancia, al juez del lugar donde se haya cometido el hecho (art. 2); la competencia funcional para conocer de los recursos contra los autos o sentencias dictados por los juzgados de menores se encomienda a la audiencia provincial competente (art. 41). La competencia para conocer, en particular, de los delitos de terrorismo (arts. 571 a 580 del CP) cometidos por menores corresponde al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, cuyos autos y sentencias pueden ser objeto de recurso de apelación ante la Sala correspondiente de la propia Audiencia Nacional. Se establece también el recurso de casación para unificación de doctrina ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (art. 42).¹³

Del sistema de recursos merece destacar que la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la interposición del recurso de casación no suspende la firmeza de la sentencia de la audiencia provincial recurrida (STS N° 115/2003 de 3 de febrero); que el recurso de casación solo tiene efectos revocatorios si beneficia al menor (STS N° 6293/2012 de 24 de septiembre), y que es un remedio extraordinario cuya finalidad es reforzar la garantía de la unidad de doctrina en el ámbito del derecho sancionador de menores, quedando explicitado el sentido de esta frase en el art. 42.2 LRPM, en el que se dispone que las contradicciones doctrinales que pueden dar lugar al recurso tienen que estar referidas a hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos (STS N° 115/2003, de 3 de febrero).

¹² En virtud de lo dispuesto en el art. 39, las sentencias que no motiven las medidas que se impongan al menor serán modificadas en vía de recurso. Véase la SAP de Barcelona (Sección 3ª), N° 61/2018 de 12 febrero.

¹³ Cabe además el recurso extraordinario de revisión cuando nuevos hechos demuestran que el que fue juzgado como mayor de edad era menor de edad en el momento de la comisión del hecho punible (STS N° 1007/2012 de 21 de diciembre y 116/2020 de 12 de marzo).

Respecto del estándar 3, cabe decir que no existe confusión en la legislación española entre el sistema de justicia juvenil y la protección que se otorga a los menores en situaciones de riesgo o desamparo (véase *supra* i).

Sin embargo, cuando un menor de 14 años realiza un hecho delictivo, el art. 3 de la LORPM establece que no se le exigirá responsabilidad penal, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. En ese supuesto, el Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel conforme a lo dispuesto en la LOPJM¹⁴. Por su parte, el Reglamento de la LORPM aclara en su artículo 8.7 que, cuando se remite un menor desde las instancias jurisdiccionales a las instancias de protección, “será dicha entidad la competente para valorar la situación y decidir si se ha de adoptar alguna medida conforme a las normas del Código Civil y la legislación de protección de menores”.

Respecto de los estándares 5 y 6:

La LORPM recoge en su Exposición de Motivos, en el apartado II 6, los principios inspiradores de la justicia penal juvenil española, principios que después se desarrollan a lo largo del articulado y que buscan colocar el «interés superior del menor» en el centro de dicho modelo, de tal forma que sea el principio inspirador e interpretativo de todas las disposiciones y actuaciones relacionadas con el menor infractor, lo que hace inviable que la legislación española pudiera tener como fin la inoquización del adolescente.

La responsabilidad que exige la LORPM al menor por la comisión de hechos delictivos es una responsabilidad de naturaleza completamente diferente a la que se exige a los adultos, y de ahí que las sanciones se tengan que determinar flexiblemente, atendiendo no solo a la prueba y la valoración

¹⁴ Ley Orgánica 8/2021, de 21 de mayo, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha introducido en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor un nuevo art. 17 bis, según el cual: “Las personas a las que se refiere el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores serán incluidas en un plan de seguimiento que valore su situación socio-familiar diseñado y realizado por los servicios sociales competentes de cada comunidad autónoma. Si el acto violento pudiera ser constitutivo de un delito contra la libertad o indemnidad sexual o de violencia de género, el plan de seguimiento deberá incluir un módulo formativo en igualdad de género”.

jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto estos dos últimos en los informes de los equipos técnicos; así lo establece el art. 7.3 de la ley.

La LORPM tal y como fue aprobada en 2000 rompe los cimientos del Derecho Penal de adultos al evitar el principio de proporcionalidad entre el hecho y la sanción; al alejarse de criterios de prevención general, excluidos expresamente de la ley, y al orientar a la educación del menor infractor las sanciones que impone.¹⁵ Es decir, la LORPM, pese a ser una ley de exigencia de responsabilidad penal, está claramente orientada a la prevención especial; se trata de un «modelo de corresponsabilidad individuo/sociedad»¹⁶ que considera que el menor debe asumir que el conflicto, al menos en parte, también es suyo, pero que por tratarse de un sujeto en formación tiene como objetivo primordial posibilitar una «intervención educativa» dirigida a reintegrarle en la sociedad.

Así los reconoce el Tribunal Constitucional español en sentencia N° 160/2012, de 20 de septiembre (FJ 3), en los siguientes términos: “en la vigente legislación el menor es declarado responsable de sus actos y la medida impuesta se concibe como una respuesta sancionatoria a dicha declaración de responsabilidad; no obstante, tal como la exposición de motivos menciona, se rechazan presupuestos propios del Derecho penal de adultos como la retribución y la consiguiente proporcionalidad entre la infracción cometida y la gravedad de la sanción, situando en un primer plano el interés del menor y la finalidad de reinserción social”. En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en la sentencia, entre otras, N° 697/2017, de 12 de febrero.

Sin embargo, la doctrina española coincide de forma prácticamente unánime en señalar que el principio de prevención especial ha ido perdiendo vigencia con las sucesivas reformas que la ley ha sufrido; reformas que, impulsadas por un legislador más atento a la alarma social despertada por los medios de comunicación que a criterios de justicia social, e incluso de

¹⁵ En este sentido, también GIMÉNEZ-SALINAS, E., “Capítulo I. Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar”, en GIMÉNEZ-SALINAS, E. (Coord.), *Justicia de menores: una justicia mayor*, Ed. CGPJ, Madrid, 2001, pp. 33 y 34.

¹⁶ Véase FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Comentario a la Exposición de Motivos”, p. 46, en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

auténtica eficacia frente al delito, han ido imponiendo una deriva retribucionista y de prevención general, poco acorde con las normas internacionales en esta materia.¹⁷ El legislador español se ha dejado llevar por una distorsionada percepción social de la delincuencia juvenil y ha dado prioridad a las ansias de seguridad de la sociedad frente al tratamiento especial que pueda hacer realidad la reinserción social del menor. La distorsión creada en la LORPM es tal que se ha creado un «síndrome de Dr. Jekyll y Mr. Hyde» que dificulta enormemente la interpretación sistemática de la norma.¹⁸

Grado de consistencia o existencia de brechas en relación con la proporcionalidad entre la sanción y el delito. Estándares 10 (a-b), 11 (a-c), 12 (b-c) y 13

Como punto de partida, hay que tener en cuenta que en la *determinación de la medida* la LORPM distingue dos fases, una primera que, atendiendo a la gravedad del hecho delictivo, establece la máxima sanción que se puede imponer, y en algunos casos también la mínima, y una segunda en la que, en atención a criterios preventivo-especiales, se permite al juez determinar la sanción más adecuada al hecho cometido.

En relación con el estándar 10, debe señalarse que en este tema es donde se manifiesta la variabilidad de la LORPM señalada antes, y que se plasma en un doble régimen en cuanto a la fase de determinación de la medida a imponer al menor infractor y la duración de la misma: el régimen ordinario, que es el original de la ley, contenido en los arts. 7.3 y 9.3 más atento a las circunstancias personales y familiares del menor que a la gravedad del hecho cometido; y el régimen extraordinario, fruto de las sucesivas reformas, que se recoge en el art. 10 y que atiende más a criterios retributivos, de prevención general y en gran medida simbólicos.

En el *régimen ordinario*, las medidas no podrán exceder de dos años de duración, cien horas de prestaciones en beneficio de la comunidad u ocho fines de semana (art. 9.3.^a) y la medida de internamiento en régimen

¹⁷ Véase de manera muy crítica CANO PAÑOS, M. A., “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el Derecho Penal Juvenil?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13 (2011); GÓMEZ RIVERO, M^a. C., “Una vuelta de tuerca más: La LO 8/2006, modificadora de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en ANARTE BORRALLA, E. (Dir.) *Tendencias de la justicia penal de menores*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, y FEIJOO SÁNCHEZ, B., en “Comentario a la Exposición de Motivos”, *cit.*, entre otros muchos.

¹⁸ Véase FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Comentario a la Exposición de Motivos”, *cit.*, p. 51.

cerrado solo podrá imponerse en tres casos (art. 9.2.^a): a) si los hechos están tipificados como delito grave; b) si en los hechos tipificados como delito menos grave se ha empleado violencia o intimidación o se ha generado un grave riesgo para la vida o integridad de las personas; c) si los hechos tipificados como delito se han cometido en grupo, o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, grupo o asociación, que se dedicare a la realización de tales actividades. El art. 9 establece, además, los supuestos en los que no se puede aplicar la medida de internamiento.

En el *régimen extraordinario*, el legislador obliga al juez a estar atento a la gravedad del delito cometido, recortando mucho la capacidad de elección y duración de las medidas que el régimen ordinario le concede. Así, se prolonga la duración máxima posible de las medidas cuando se da alguno de los supuestos considerados graves por el art. 9.2^a (art. 10.1), y si el hecho cometido es constitutivo de un delito de homicidio (art. 138 del CP), de asesinato (art. 139 del CP), de violación (arts. 179 y 180 del CP), de terrorismo (arts. 571 a 580 del CP) o cualquier otro sancionado por el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años, es obligatorio imponer una medida de internamiento en régimen cerrado, según se establece en el art. 10.2, que además impone la duración mínima y máxima de la medida y faculta al juez para imponer, asimismo, una medida de libertad vigilada posterior a la medida de internamiento.¹⁹ Por último, si se trata de un delito de terrorismo de los arts. 571 a 580, debe imponerse una medida de inhabilitación absoluta superior entre cuatro y quince años a la de internamiento impuesta.

Pese al notable endurecimiento del régimen de medidas imponibles a los menores infractores, en los últimos años se ha apreciado una reducción de la imposición judicial de las condenas graves, que se debe a que el endurecimiento a nivel legislativo no se ha visto acompañado de un endurecimiento a nivel judicial, por el convencimiento de los operadores jurídicos (fiscales y jueces de menores) de que la medida de internamiento debe ser

¹⁹ El Tribunal Supremo, dando respuesta a un recurso de casación para unificación de doctrina, ha interpretado que en este caso la medida de internamiento del art. 10.2.b no comprende la de libertad vigilada, como sí sucede en los casos del art. 7.2/9. Véase la STS N° 6293/2012, de 24 de septiembre.

de *ultima ratio* y que es mejor siempre optar por otro tipo de medidas que permitan la intervención con el menor en su propio ámbito de referencia.²⁰

En relación con el estándar 11, hay que señalar que la legislación española solo se adapta parcialmente al mismo como consecuencia también de las reformas operadas en la LORPM.

En primer lugar, se debe indicar que el art. 8 párrafo 2º LORPM prohíbe imponer una medida privativa de libertad más larga que la pena privativa de libertad que le habría sido impuesta al menor de haberse aplicado el CP de adultos.

Sin embargo, la actual justicia penal juvenil hace al menor de peor condición que al adulto en los siguientes supuestos:

A) Establecimiento de un periodo de seguridad en el cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado. Existen en la LORPM dos casos en los que la medida de internamiento en régimen cerrado no puede ser sustituida durante un periodo de tiempo. Se trata del art. 10.1 b) párrafo segundo,²¹ que obliga al cumplimiento efectivo de al menos un año de internamiento en régimen cerrado (la medida de internamiento en régimen cerrado que debe imponerse es de uno a seis años), y del art. 10.2. b),²² que impide al juez que modifique la medida hasta que se haya cumplido la mitad de la medida impuesta (la medida a imponer es en ese caso de uno a ocho años). El CP-1995, tras la modificación del año 2015, tan solo considera la imposición del periodo de seguridad, que implica el cumplimiento de al menos la mitad de la condena, cuando se imponga una pena de prisión superior a cinco años, siendo como regla general su imposición potestativa para el juez o tribunal (art. 36.2, quien, además, podrá alzarla acordando el régimen general de cumplimiento de la pena de prisión y la clasificación

²⁰ Véase FERNÁNDEZ MOLINA, E., “El internamiento de menores. Una mirada hacia la realidad de su aplicación en España”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14 (2012), pp. 13-15.

²¹ Se trataría de menores de 16 o 17 años que, siendo reincidentes, hayan cometido delitos graves, o delitos menos graves ejecutados con violencia o intimidación, o que hayan generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas, o los hayan cometido en grupo o el menor perteneciera a una banda, organización o asociación que se dedique, aun de manera transitoria, a la comisión de delitos.

²² Se trataría de los menores de 16 o 17 años que hayan cometido un delito de homicidio (art. 138 del CP), de asesinato (art. 139 del CP), de violación (arts. 179 y 180 del CP), de terrorismo (arts. 571 a 580 del CP) o cualquier otro sancionado por el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años.

en tercer grado (art. 36.2 párrafo 3º). Tan solo cuando el penado a más de cinco años de prisión haya cometido un delito de terrorismo, agresión o abuso sexual a menor de 16 años, prostitución o corrupción de menores, o haya cometido el delito en el seno de una organización criminal, será imperativa la imposición del periodo de seguridad, no siendo posible que el juez o tribunal lo alce.

B) También resulta mucho más gravoso para un menor actuar en grupo o pertenecer o actuar al servicio de una banda, organización o asociación (art. 9.2.c LORPM), o ser reincidente (art. 10.1.b párrafo 3º LORPM), de lo que lo sería para un adulto.

En segundo lugar, la LORPM sí tiene en cuenta diferencias etarias entre los adolescentes responsables criminales (de 14 a 18 años). La ley divide a los adolescentes en dos rangos, 14 y 15, por una parte, y 16 y 17, por otra, pero lo hace solo para las conductas delictivas más graves (las del art. 10). Para las conductas delictivas que no entran en la categoría de graves (las de los arts. 7.3 en relación con el 9), el legislador español no ha distinguido rangos de edad. Naturalmente, las medidas más graves y de mayor duración se imponen en el rango de los 16/17 años.

En tercer lugar, la LORPM, respecto de los menores en los que concurra alguna de las eximentes relacionadas con la imputabilidad (art. 20.1º, 2º y 3º del CP), considera que solo se les pueden imponer las medidas de internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto, del art. 7.1 letra d), y de tratamiento ambulatorio, del art. 7.1 letra e), según lo establece el art. 5.2 en relación con el art. 9.5. Por otra parte, las necesidades especiales de los menores, como discapacidades o enfermedades crónicas, así como las situaciones de riesgo o desamparo, sí son tenidas en cuenta por los tribunales a la hora de imponer las medidas que el equipo técnico considere más adecuadas al interés del menor.²³

²³ A título de ejemplo, el Auto de la AP de La Rioja Nº 212/2009, de 5 octubre, deniega el recurso contra la imposición de una medida de internamiento en centro terapéutico para un menor que padecía una discapacidad de un 35%, con un cociente intelectual de 70, y estaba diagnosticado además con un trastorno por déficit de atención, con hiperactividad, presentaba episodios de agresividad en el entorno familiar, con dificultad para controlar sus impulsos agresivos. El menor no realizaba actividad laboral ni educativa alguna, presentaba un contexto familiar desestructurado y estaba declarado en situación de riesgo, no tomaba la medicación que le ha sido prescrita ni tenía intención de hacerlo. Otro tanto hace, más recientemente, el Auto de la AP de Brugos (Sección 1ª) Nº 380/2019, de 17 mayo.

En relación con el estándar 12, cabe hacer las siguientes consideraciones.

En primer lugar, debe señalarse que los tribunales españoles sí suelen tener en cuenta, entre las circunstancias personales del menor, que la adolescencia supone una fase de aprendizaje, ya que les obliga a ello el art. 7.3 de la LORPM, al señalar que hay que considerar la edad y las circunstancias personales del menor para determinar la medida a imponer y su duración. Sin embargo, lo que no suele suceder es que se haga mención expresa de que los adolescentes se encuentran en una fase de aprendizaje, salvo supuestos excepcionales, como sucede en la SAP de Madrid (Sección 4ª) N° 286/2016, de 27 julio, que lo expresa de la siguiente manera: «cuando el autor de una agresión es un adolescente menor de edad, no resulta razonable, sin atender a su menor grado de madurez social, psicológica y neurobiológica, realizar en todos los casos una aplicación automática y sin matices de los criterios jurisprudenciales que usualmente se vienen utilizando para inferir la presencia de un dolo eventual de matar en el caso de los adultos. De esta manera, no es posible deducir por sí mismo, sin matices, un compromiso del menor con la acción de matar del solo hecho de haber propinado un navajazo en el abdomen a otra persona. Entendemos que no es absurdo o ilógico sostener, como se expresa en la Sentencia de instancia, que un menor de corta edad puede no tener, al menos en circunstancias como las que aquí concurren, la misma capacidad o madurez que un adulto para representarse el resultado probable de determinadas conductas».

En segundo lugar, hay que señalar que, fruto también de las reformas operadas en la LORPM, sí existen en la actualidad reglas de proporcionalidad positiva absoluta en las sanciones privativas de libertad. Son las contenidas en el art. 10, a las que antes nos hemos referido: 1) cuando el menor de dieciséis/diecisiete años haya cometido un delito grave, o un delito menos grave en el que se haya empleado violencia o intimidación, se haya generado un grave riesgo para la vida o integridad de las personas, o si los hechos tipificados se han cometido en grupo, o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, grupo o asociación, que se dedicare a la realización de tales actividades, que se considere de extrema gravedad, hay que imponerle obligatoriamente una medida de internamiento en régimen cerrado de al menos un año de duración (art. 10.1 b); 2) cuando el menor haya cometido un delito de homicidio (art. 138 del CP), de asesinato (art. 139 del CP), de violación (arts. 179 y 180 del CP), de terrorismo (arts. 571 a 580 del CP) o cualquier otro sancionado por el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años, se le impondrá una medida

de internamiento en régimen cerrado de al menos un año de duración (art. 10.2). En este caso, la diferencia etaria no afecta la duración mínima de la medida, sino la máxima (seis años para los de 14/15 y ocho años para los de 16/17). También se da una diferencia etaria referida al máximo de duración de la medida de internamiento en centro cerrado cuando el menor haya cometido una pluralidad de delitos y alguno de ellos sea de los recogidos en el art. 10.2. En estos casos, si el menor tiene más de 16 años, la duración máxima de la medida de internamiento en régimen cerrado será de diez años, y si tiene menos, de seis años (art. 11.2).

En tercer lugar, es preciso señalar que también existen reglas de proporcionalidad ordinal negativa respecto de las medidas privativas de libertad en la legislación penal española. En efecto, la LORPM contiene las siguientes reglas en este sentido: 1) por la comisión de delitos leves²⁴ no se pueden imponer medidas de internamiento (art. 9.1); 2) la medida de internamiento en régimen cerrado solo se podrá imponer cuando el menor haya cometido un delito grave, o un delito menos grave en el que se haya empleado violencia o intimidación, se haya generado un grave riesgo para la vida o integridad de las personas, o si los hechos tipificados se han cometido en grupo, o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, grupo o asociación, que se dedicare a la realización de tales actividades (art. 9.2); y 3) las acciones u omisiones imprudentes no se pueden sancionar con medida de internamiento en régimen cerrado (art. 9.5).

En cuarto lugar, hay que señalar que la Constitución española, en su art. 15, sí erradica la pena de muerte, salvo lo que establezcan las leyes penales militares para tiempos de guerra, y también para este caso ha quedado abolida por LO 11/1995, de 27 de noviembre, por lo que no podría aplicarse en ningún caso como sanción en la justicia penal juvenil.

²⁴ La LORPM se refiere a las faltas, no a los delitos leves, lo que se debe a que el legislador en 2015 no se molestó en modificar la legislación de menores, pese a que, mediante LO 1/2015, se suprimió el Libro de las Faltas del CP. La Disposición Adicional 2ª de LO 1/2015 establece que «Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves». En este mismo sentido se ha manifestado la Fiscalía General del Estado, en Consulta N° 1/2015, de 1 enero. La problemática que esta desidia legislativa produce puede estudiarse en JERICÓ OJER, L., “El impacto (probablemente no previsto) de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo en el Derecho penal de menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-24 (2018).

Sin embargo, hay que recordar que, mediante LO 1/2015, el legislador español incluyó en el sistema de penas para adultos la llamada prisión permanente revisable, una cadena perpetua enmascarada que, a juicio de la doctrina mayoritaria, es inconstitucional. El recurso de inconstitucionalidad que se presentó contra la misma todavía no ha sido resuelto. Ciertamente en la legislación penal juvenil no se ha introducido esta pena, pero si se afirmara su constitucionalidad, la declaración afectaría también a los menores. Tan solo la Convención de Derechos del Niño y el resto de los convenios internacionales firmados por España, que recordemos que según el art. 1.2 de la LORPM son fuente de derechos para los menores, frenarían la inclusión de esta pena en la legislación penal juvenil.²⁵

En quinto lugar, debe reseñarse que en la LORPM se incorporaron por primera vez en la legislación española procedimientos de mediación y justicia restaurativa, que en el fondo son supuestos en los que el Estado renuncia a la imposición de una medida proporcionada. Así, el art. 18 permite que el fiscal desista de la incoación del expediente atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, y particularmente a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, cuando se trate de delitos menos graves o leves, y siempre que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos. En este caso, se dará traslado a la entidad pública de protección del menor competente.

Por su parte, el art. 19 contiene el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, aunque estas soluciones extrajudiciales solo serán posibles cuando se trate de delitos menos graves o leves (art. 19.1, párrafo 2.º). La conciliación se produce cuando el menor reconozca el daño causado, se disculpe con la víctima y esta acepte sus disculpas. Por reparación se entenderá el compromiso asumido por el menor con la víctima de realizar determinadas acciones en beneficio de esta o de la comunidad, siendo seguida por la efectiva realización (art. 19.2). Cuando el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada por causas dependientes de su propia voluntad, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente (art. 19.5).

²⁵ La mención al Convenio y al resto de los tratados internacionales en el art. 1.2 de la LORPM no es letra muerta, sino que se suele invocar por los tribunales españoles. Así lo hace, entre otras, la STC (Sala Primera) N° 64/2011, de 16 mayo.

Además, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia²⁶ y la Fiscalía General del Estado²⁷ han considerado que, a través del art. 27.4, se reconocen otras posibilidades de ejercicio del principio de oportunidad, atendiendo en este caso a razones político-criminales distintas a las que llevan al legislador a favorecer la reparación del art. 19, concretamente la falta de necesidad de la persecución por el transcurso del tiempo desde la comisión del delito, que la hacen ya inadecuada, o porque con las primeras diligencias se ha expresado ya de modo suficiente el reproche que merece el hecho, como ha sucedido en este caso.

Por último, debe señalarse que la LORPM también prevé la posibilidad de que se suspenda la ejecución del fallo (art. 40).

Por lo que respecta al estándar núm. 13, la LORPM en su art. 28 establece la posibilidad de que se impongan medidas cautelares para la custodia del menor expedientado o protección de la víctima cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima.

Dichas medidas pueden consistir también en el internamiento en régimen cerrado del menor, siempre atendiendo a la gravedad del hecho, las circunstancias personales y sociales del menor, el peligro de fuga y sobre todo el que el menor hubiere cometido o no con anterioridad hechos graves de la misma naturaleza. La duración máxima de la medida de internamiento cautelar ordinaria es de seis meses, pudiendo ser prorrogada por otros tres (art. 28.3).²⁸

Efectivamente, los tribunales españoles ponderan los criterios establecidos en la LORPM a la hora de imponer la medida cautelar de internamiento. Así, por ejemplo, la SAP de Madrid (Sección 4ª) Nº 93/2003, de 28 octubre, considera adecuada la imposición de la medida por haber cometido el menor dos delitos de robo violento, amén de que «carece de referentes familiares en nuestro país, que ha permanecido en varios centros de protección, que cometió delitos que motivaron un anterior internamiento

²⁶ En este sentido se pronuncia la SAP de Cantabria (Sección 4ª) Nº 94/2003, de 23 diciembre.

²⁷ FGE Circular Nº 1/2000, de 18 de diciembre.

²⁸ La STS Nº 146/2014, de 14 febrero, considera que el tiempo máximo natural y ordinario de las medidas cautelares no privativas de libertad en el procedimiento de menores es de dos años, transcurridos los cuales la medida expira «ope legis».

en régimen cerrado seguido de libertad vigilada, que su comportamiento en los centros fue problemático, que es adicto a sustancias tóxicas (pegamento, alcohol y cánnabis), que su actitud es de irreflexión y no asunción de responsabilidades y que su pronóstico es difícilmente favorable». Por su parte, el Auto de la AP de Barcelona (Sección 3ª) Nº 360/2018, de 7 mayo, considera la medida improcedente, porque de haberse tratado de un adulto, no se le podría haber impuesto la prisión provisional.

Grado de consistencia o existencia de brechas en relación con la proporcionalidad entre la sanción y las circunstancias del adolescente. Estándar 16

Respecto del estándar 16, debe decirse que la legislación española de justicia juvenil no lo cumple, puesto que la LORPM sí señala que el juez debe tener en cuenta los delitos cometidos con anterioridad en variadas ocasiones: 1) el art. 7.3 establece que, para la elección y la duración de la medida, el juez debe tener en cuenta los informes de las entidades públicas de reforma cuando estas hayan tenido conocimiento del menor por haberse ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad; 2) el art. 10.1 párrafo final considera supuestos de extrema gravedad, a los efectos de imponer la medida de internamiento en centro cerrado de mayor gravedad, aquellos en los que se aprecie la reincidencia; 3) el art. 39.1 añade que la sentencia tendrá en cuenta, entre otros requisitos, la circunstancia de que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza; 4) el art. 18.2 impide que el fiscal pueda desistir de la incoación del expediente cuando el menor haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, y 5) el art. 28.2 para la adopción de las medidas de carácter cautelar exige que se atenderá, entre otros, a la gravedad de los hechos y a las circunstancias personales y sociales del menor.

A efectos de hacer posible estas previsiones, el art. 48.1 establece que la entidad pública abrirá un expediente personal único al menor respecto del que tenga encomendada la ejecución de una medida. Naturalmente, el acceso a dicho expediente es restringido (art. 48.2) y goza de la protección que la Ley de Protección de Datos otorga a este tipo de ficheros (art. 45.3). También existe un registro central policial donde se incorpora la información

relativa a las investigaciones policiales (está recogido en el art. 2 números 3º a 8º del Reglamento).²⁹

Grado de consistencia o existencia de brechas específicamente en relación con la imposición de sanciones. Estándares 18 (a-d), 19 (a-b) y 20

Respecto de los estándares 18, 19 y 20, debe señalarse que la legislación española sobre justicia juvenil sí cumple con ellos.

Así, como ya se ha señalado, el art. 8 párrafo 2º LORPM prohíbe imponer una medida privativa de libertad más larga que la pena privativa de libertad que le habría sido impuesta al menor de haberse aplicado el CP de adultos, y los tribunales suelen emplear este criterio de no hacer de peor condición al menor que al adulto como criterio interpretativo general, incluso en aquellos supuestos no contemplados expresamente.³⁰ También nos hemos referido ya a que la LORPM señala los supuestos en los que debe ser impuesta la medida de internamiento en centro cerrado, indicando además un mínimo de tiempo por el que debe imponerse la medida y estableciendo también un máximo, pero por lo demás son los tribunales los que deciden la duración concreta de la medida, y lo hacen teniendo en cuenta no solo la gravedad concreta del delito cometido, sino también las circunstancias personales y familiares del menor, ya que estos son los criterios que la LORPM les obliga a considerar. Como hemos señalado antes, los tribunales españoles imponen la medida de internamiento tan solo en los supuestos más graves, en los que se considera que no existe otro medio idóneo menos lesivo, y no lo hacen solo con el fin de conseguir la integración social, aunque la prevención especial y la reeducación del menor siguen siendo los criterios preferentes a la hora de escoger la medida a aplicar y su duración.³¹

²⁹ Además, debe señalarse que incluso los antecedentes policiales son tenidos en cuenta en las decisiones judiciales. Así, por ejemplo, lo hace el Auto de la AP de Burgos (Sección 1ª) Nº 380/2019, de 17 mayo.

³⁰ Sirva de ejemplo el citado Auto de la AP de Barcelona (Sección 3ª) Nº 360/2018, de 7 mayo, que considera que no puede imponerse como cautelar el internamiento en un caso en el que no se habría impuesto prisión provisional a un adulto.

³¹ La ya citada STC (Sala Primera) Nº 64/2011, de 16 mayo, recuerda los criterios rectores de la legislación de responsabilidad penal de los menores en los siguientes términos: «se observa una peculiar combinación de elementos sancionadores y reeducativos, que responde al predominio de la perspectiva preventivo-especial, en la que se atiende, primordialmente, al interés superior del menor, tal y como reclama el art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en cuyo art. 40.1», además, se reconoce el derecho del

Grado de consistencia o existencia de brechas específicamente en relación con la revisión judicial de la sanción, durante su ejecución. Estándares 21, 22 (en relación con el 17), 23, 24 (a-b), 25 (a-b) y 26

Respecto de los estándares 21, 22 y 23, la legislación española los respecta salvo en un punto muy concreto, fruto de las reformas operadas en la LORPM.

Las medidas impuestas a los menores serán ejecutadas, tras la firmeza de la sentencia, conforme a lo que se determine en el denominado «programa de ejecución de la medida impuesta», que es elaborado por el profesional de la entidad pública o centro que se va a encargar de la ejecución (art. 10.1 reglas 2ª a 5ª del Reglamento), y que debe ser aprobado por el juez que ha dictado la sentencia (art. 44.2 c) de la LORPM), quien es, en principio, el competente para su ejecución.³²

La naturaleza esencialmente preventiva especial y reeducadora de la LORPM se manifiesta de manera muy clara en la posibilidad que la ley otorga al juez, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de estos e informe del equipo técnico, de dejar en cualquier momento sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a este el reproche merecido por su conducta (art. 13). Naturalmente, para que se pueda proceder a la sustitución por otra medida es requisito necesario que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo al delito cometido (art. 51.1),³³ aunque en los casos en los que se haya sustituido una medida de internamiento en régimen cerrado por otra de internamiento en régimen semiabierto o

menor acusado de haber infringido las Leyes penales a «ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad».

³² En el caso de que el menor haya sido condenado a una pluralidad de medidas impuestas en procedimientos distintos, el juez competente será el que haya dictado la primera sentencia que alcance firmeza (art. 12.1 de la LORPM).

³³ El art. 51.2 inciso final recuerda que, habiéndose impuesto una medida de internamiento en centro semiabierto, esta puede sustituirse por un internamiento en régimen cerrado si el delito cometido por el menor era de los previstos en el art. 9.2 y el menor evoluciona desfavorablemente durante la ejecución de la medida.

abierto, y el menor evolucione desfavorablemente, será posible dejar sin efecto la sustitución (art. 51.2).

La única quiebra a este estándar viene establecida en los arts. 10.1 b) párrafo 2º, que obliga al cumplimiento efectivo de al menos un año de internamiento en régimen cerrado, y 10.2 letra b) inciso final, que obliga al cumplimiento de al menos la mitad de la duración de la medida de internamiento en centro cerrado antes de que el juez pueda hacer uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución. Las normas contradicen completamente el espíritu de la LORPM y quizás por ello ha sido objeto de sentencias de carácter contradictorio en las audiencias y, finalmente, objeto de recurso para unificación de doctrina en el Tribunal Supremo, el que en sentencia Nº 74/2014, de 12 febrero, resuelve la contradicción en el sentido de considerar que efectivamente es imperativo el cumplimiento de al menos la mitad de la medida de internamiento en régimen cerrado antes de que pueda ser modificada.³⁴ Además, como ya se señaló antes, este es de los pocos supuestos que existen en la legislación española en los que se hace de peor condición al menor que al adulto, ya que, en el caso de los adultos, el art. 36.2 CP permite al juez levantar el periodo de seguridad, acordando el régimen general de cumplimiento de la pena de prisión y la clasificación en tercer grado (excepto para un número reducido de delitos en que no puede hacerlo) sin que se haya llegado a cumplir la mitad de la condena.

Respecto del estándar núm. 24, la legislación española de justicia juvenil no lo respeta, puesto que cuando el menor se encuentra cumpliendo una medida no privativa de libertad y comete un nuevo delito, o se identifica que ha cometido con anterioridad otros, no se prosigue sin más con el cumplimiento de la medida.

La LORPM prevé que, cuando el menor que esté cumplimiento una medida –sea esta de la naturaleza que sea– cometa un nuevo hecho delictivo, el juez competente para la ejecución, previa audiencia del letrado del menor, dictará la resolución que proceda con relación a la nueva medida

³⁴ Previamente, la STS Nº 699/2012, de 24 septiembre, ya había considerado que art. 10.2 LORPM contiene un régimen especial de determinación y ejecución de medidas, distinto y especial respecto al general previsto en el art. 7.2 de la misma ley; en el general, la medida de internamiento se divide en un tramo de efectivo internamiento y otro de libertad vigilada. Sin embargo, cuando se trata de los hechos de especial gravedad del art. 10, la libertad vigilada no forma parte del internamiento, sino que lo complementa.

que en su caso se haya impuesto (art. 47.3), procediendo a la refundición de las mismas³⁵ para su cumplimiento simultáneo si fuera posible, y si no lo fuera, para su cumplimiento sucesivo (art. 47.1), comenzando por las medidas de internamiento (art. 47.5).³⁶ El juez podrá aplicar, además, las reglas previstas en el art. 50 para el quebrantamiento de las medidas.

Asimismo, cuando con posterioridad al inicio del cumplimiento de la medida no privativa de libertad se descubra que hay otras medidas, en ejecución, pendientes de ejecución o suspendidas, el juez competente procederá a la refundición de las mismas (art. 12.2)³⁷ y a ordenar la ejecución de las impuestas, dando preferencia a las medidas de internamiento, si las hubiere (art. 47 de la LORPM).

Respecto del estándar número 25, hay que señalar que la legislación juvenil española sí lo cumple, en la medida en que el art. 50.2 de la LORPM dispone que, en el supuesto de quebrantamiento de una medida no privativa de libertad, el Ministerio Fiscal podrá instar del juez la sustitución por otra de la misma naturaleza. Solo excepcionalmente a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el letrado y el representante del menor, así como el equipo técnico, el juez podrá sustituir la medida no privativa de libertad por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento (art. 50.2 inciso final). Resulta obvio que esta previsión debe ajustarse también a lo dispuesto en el resto de la LORPM y por tanto también en el art. 51.1., según el cual para que se pueda proceder a la sustitución por otra medida es requisito necesario que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo al delito cometido. El núm. 3º del art. 50 recuerda, no obstante, que se debe deducir testimonio para que se inicie un nuevo expediente por la posible comisión de un delito de quebrantamiento de la medida.

³⁵ El art. 47.2 establece que, oído el letrado del menor y siendo las medidas impuestas en distintos procedimientos de la misma naturaleza, se refundirán en una sola, sumando la duración de las mismas, hasta un máximo del doble de la más grave de las refundidas. El juez deberá proceder de esta forma respecto de cada grupo de medidas impuestas al menor.

³⁶ Esta regla puede ser atemperada en la medida en que el juez en interés del menor puede, previo informe del Ministerio Fiscal, de las demás partes y de la entidad pública, acordar motivadamente la alteración de dicho orden de cumplimiento (art. 47.5 e).

³⁷ No obstante, hay que tener en cuenta que, de tratarse de delitos conexos o de infracciones continuadas, deberán aplicarse las limitaciones contenidas en el art. 11.1 aunque los hechos hayan sido objeto de enjuiciamiento en procedimientos distintos (art. 11.1. párrafo 2º).

Respecto del estándar número 26, la legislación penal juvenil española no lo cumple.

En efecto, la LORPM no resuelve explícitamente cómo dar respuesta al quebrantamiento de las medidas impuestas en virtud de esta ley cuando se trata de un adolescente que ya ha cumplido la mayoría de edad, los 18 años, pero nuestro Tribunal Supremo da respuesta a esta cuestión, en la sentencia N° 662/2019, de 14 enero, en el sentido de considerar que, dada la mayoría de edad del que quebranta la medida, este está cometiendo un delito del art. 468 del CP, y de acuerdo con él debe juzgarse y condenarse el quebrantamiento.

Grado de consistencia o existencia de brechas específicamente en relación con la obtención y uso de información sobre las circunstancias del adolescente. Estándares 27, 28, 29 y 30 (a-c)

Respecto del estándar 27, la legislación española de justicia juvenil sí lo cumple.

Así, la LORPM ya en la Exposición de Motivos establece que en «el Derecho Penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el interés superior del menor. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas, por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas...». En desarrollo de esta previsión, el art. 27 de la LORPM desarrolla el contenido del informe del equipo técnico que debe incluir la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como lo relativo a su entorno social y cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de las medidas. Según establece el art. 4 del Reglamento, los equipos técnicos estarán formados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales, y tanto la LORPM como el propio Reglamento les asignan diversas funciones de apoyo a la labor del Ministerio Fiscal y de los jueces de menores.³⁸

Respecto del estándar 28, hay que señalar que la legislación española de justicia juvenil sí lo cumple. En efecto, la LORPM hace constante referencia en su texto a la necesaria especialización de todos los que participan en la justicia penal juvenil: miembros de la policía, jueces, fiscales, abogados,

³⁸ Sobre la necesidad de que se hayan emitido los preceptivos informes del equipo técnico, véase la SAP Sevilla (Sección 3) N° 115/2002, 26 de abril.

equipos técnicos y todos los encargados de la ejecución de las medidas impuestas al menor infractor.³⁹

Respecto del estándar 29, a nuestro juicio, la legislación española en materia de justicia juvenil sí lo cumple.

En primer lugar, debe reseñarse que en la LORPM la instrucción del expediente de reforma de menores se encomienda al Ministerio Fiscal con el fin de garantizar la preservación a ultranza de la imparcialidad judicial. Así, corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción del procedimiento (arts. 6 y 16.1) con el fin de que el juez de menores limite su actuación a ejercer la garantía última del respeto a los derechos fundamentales afectados por la investigación y a efectuar en su momento el enjuiciamiento final de la causa sin prejuicio ni sospecha de parcialidad.

Tan solo la decisión sobre la imposición de las medidas cautelares queda encomendada en esta primera fase de instrucción al juez de menores (art. 28 de la LORPM). Para la adopción de la medida cautelar de internamiento, el art. 28.2 de la LORPM da al juez una serie de criterios a los que debe atender: la gravedad de los hechos, las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia del peligro cierto de fuga y, especialmente, que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza.⁴⁰ Quizás pudiera entenderse que el hecho de tener en cuenta la comisión previa de hechos delictivos contraviene el estándar 29, pero a nuestro juicio es información que resulta pertinente a los efectos de tomar una decisión sobre la imposición de la medida cautelar de internamiento del menor.

³⁹ Las Disposiciones Finales Tercera, apartados 4 y 5, y Cuarta de la LORPM regulan los aspectos relativos al cumplimiento de dicho objetivo.

⁴⁰ Como señala el Auto de la AP de Burgos Nº 380/2019, de 17 mayo: «la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha venido entendiendo que para valorar la corrección o no de las medidas cautelares de internamiento deberá estarse a la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) regla de juicio, consistente en que es suficiente la concurrencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo y la participación en el mismo del menor, en el bien entendido de que dichos indicios no deben confundirse con la prueba de cargo suficiente para destruir el principio de presunción de inocencia, cuya concurrencia sólo podrá valorarse en sentencia tras la celebración del correspondiente juicio; y b) regla de tratamiento, es decir que la medida cautelar responda a algunos de los fines constitucionalmente legítimos, que son la obstrucción de la justicia, la sustracción a su acción, la reiteración delictiva o la protección de la víctima, con la singularidad de tomar en especial consideración el interés del menor».

Respecto del estándar 30, la legislación española de justicia juvenil lo cumple parcialmente.

En primer lugar, debe consignarse que la información sobre las circunstancias personales del menor –su situación psicológica, educativa y familiar–, así como las relativas a su entorno social, se consignan, según establece el art. 27.1 de la LORPM, en el informe del equipo técnico. Una vez elaborado el informe, el Ministerio Fiscal debe remitirlo inmediatamente al juez (art. 27.6), por lo que este lo tendrá de manera previa a su decisión sobre la culpabilidad o inocencia del menor, decisión que se expresará en la sentencia.

El equipo técnico encargado de elaborar el informe que contiene las circunstancias del menor depende orgánicamente del Ministerio Justicia o de las comunidades autónomas con competencias asumidas y queda adscrito a los juzgados de menores. No obstante, en el ejercicio de su actividad actuarán con independencia y con sujeción a criterios estrictamente profesionales (art. 4.2 del reglamento).

Por otra parte, las entrevistas que el equipo técnico tenga con el menor para generar la información sobre sus circunstancias no se practican en presencia de su letrado defensor, aunque, una vez elaborado el informe el Ministerio Fiscal, debe remitirlo inmediatamente al juez de menores y dar copia al letrado del menor. No obstante, esta omisión no conculca los derechos de defensa del menor, puesto que la LORPM exige la intervención del letrado defensor desde la incoación del expediente (art. 22.1 b),⁴¹ incluso antes si el menor ha sido detenido (art. 17.2), a lo largo de todo el procedimiento y durante la ejecución de las medidas que se le impongan (arts. 44.2, y 49.1, entre otros).

Por último, debe señalarse que la legislación española de justicia juvenil sí obliga al deber de reserva sobre las circunstancias del menor y también sobre el contenido de los distintos expedientes que sobre él se abran: en la Policía (art. 2.6 del Reglamento), en el Ministerio Fiscal, en el Juzgado de Menores (art. 39.3 de la LORPM y RD 95/2009 de 6 de febrero) y en la entidad pública que se encargue de la ejecución de las medidas que se le impongan (art. 48.2 y 3 de la LORPM y art. 12.3 del Reglamento).

⁴¹ Considera que se ha vulnerado el derecho a la defensa del menor por la designación de letrado a menor con posterioridad a la conclusión del expediente el Auto de la AP de Jaén (Sección 1ª) N° 125/2001, de 10 octubre.

Caso 1

El supuesto práctico que recoge este caso representa una de las realidades más comunes de la delincuencia juvenil en España: la comisión de delitos contra el patrimonio. Con carácter anual, la *Estadística de Condenados: Menores (ECM)* recoge la evolución del número de menores condenados por sentencias firmes dictadas por los juzgados de menores y que son inscritas en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores.⁴² Respecto a las infracciones penales cometidas por los menores de edad en España en el año 2018, la citada estadística señala que las más comunes fueron las lesiones (27,5%), los robos (19,7%) y los hurtos (13,8%), sumando estas dos últimas un 33,5% del total.

Tal y como se ha expuesto en la primera parte del informe, el marco normativo del sistema de justicia penal juvenil español viene definido por la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM)* y el *Real Decreto N° 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, RLORPM)*.⁴³

Los casi veinte años de vigencia de la LORPM se han visto caracterizados por: a) una constante presión social a favor de un mayor endurecimiento de

⁴² La *Estadística de Condenados: Menores (ECM)* sistematiza y analiza anualmente la información contenida en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores, creado en virtud de la disposición adicional tercera LORPM: “En el Ministerio de Justicia se llevará un Registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuyos datos sólo podrán ser utilizados por los Jueces de Menores y por el Ministerio Fiscal a efectos de lo establecido en los artículos 6, 30 y 47 de esta Ley (...)”.

Vid. Instituto Nacional de Estadística, *Estadística de Condenados: Adultos / Estadística de Condenados: Menores (ECA / ECM) - Año 2018*, en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176795&menu=ultiDatos&idp=1254735573206 (acceso: 12 de julio de 2020).

⁴³ Cabe destacar el acervo constituido por las circulares, consultas e instrucciones dictadas por la Fiscalía General del Estado en el área especializada de menores (<https://www.fiscal.es/documentaci%C3%B3n>). Igualmente, debe señalarse como elemento esencial en la construcción y mejora constante del sistema de justicia penal juvenil español la celebración anual de los Encuentros de Jueces/zas de Menores de España, auspiciados por la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España.

la norma, y b) haber sido sometida a sucesivas reformas –dos de ellas incluso antes de su entrada en vigor⁴⁴–, claro ejemplo de la llamada “legislación líquida”.⁴⁵ Este proceso de reformas provocó la preocupación del Comité de los Derechos del Niño en una cuestión que incide directamente en el proceso de determinación de la sanción penal⁴⁶: la supresión del marco de flexibilidad en la actuación de los jueces de menores en la imposición de medidas en los casos de comisión de delitos graves, como consecuencia de la reforma operada por *la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (en adelante, LO 8/2006).⁴⁷

I. Principales elementos que el tribunal tendría en cuenta para decidir qué tipo de sanción imponer en el proceso penal de menores

El estudio previo de los estándares 5 y 6 ya puso de relieve que la LORPM delimita de forma concreta los elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar y elegir la medida o medidas adecuadas. En este sentido, el art. 7.3 LORPM señala que “se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la

⁴⁴ Vid. GUERRERO TOMÁS, E. Y MAYORAL NARROS, I. V., “Diez años de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, *Crítica*, año 61, Nº 976, 2011 (ejemplar dedicado a: Los menores en España. Las víctimas más vulnerables).

⁴⁵ Vid. SERRANO GÓMEZ, A., “El Proyecto de Ley de reforma del Código Penal y legislación líquida”, *Diario La Ley*, Nº 8204, 2013; del mismo autor, “Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 12, 2010.

⁴⁶ En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño “63. (...) considera preocupante que la adopción de nuevas leyes haya dado lugar a la imposición de penas más duras a los niños que han cometido delitos graves.

64. El Comité recomienda al Estado parte que revise su legislación y reduzca al mínimo la imposición de condenas severas a niños, aunque hayan cometido delitos graves. Le recomienda asimismo que vele por el cumplimiento cabal de las normas relativas a la justicia juvenil (...). Vid. Observaciones finales: España, CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 de noviembre de 2010:

(<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8550.pdf>).

⁴⁷ La *Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, modifica, entre otros: art. 7.- Definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas; art. 9.- Régimen general de aplicación y duración de las medidas; art. 10.- Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas; art. 11.- Pluralidad de infracciones, y art. 12.- Procedimiento de aplicación de medidas en supuestos de pluralidad de infracciones.

Vid. BOE Nº 290, de 5 de diciembre de 2006, páginas 42700 a 42712.

edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley (...).⁴⁸

En esta misma línea, en sede de fase de instrucción del proceso penal especial de menores, el art. 28 LORPM delimita cuáles son las circunstancias que se deben tener en cuenta en torno a la pertinencia o no de adoptar una medida cautelar. Así, el art. 28.1 LORPM afirma que el Ministerio Fiscal podrá solicitar del juez de menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima, “cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima (...)”.⁴⁹ A continuación, el art. 28.2 LORPM especifica que, para los casos en los que se busque adoptar una medida cautelar de internamiento, el juez de menores ha de atender a “la gravedad de los hechos, valorando también las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia

⁴⁸ Art. 27 LORPM: “1. Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley.

2. El equipo técnico podrá proponer, asimismo, una intervención socio-educativa sobre el menor, poniendo de manifiesto en tal caso aquellos aspectos del mismo que considere relevantes en orden a dicha intervención.

(...)

6. El informe al que se refiere el presente artículo podrá ser elaborado o complementado por aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado”.

Vid. también art. 4.- Actuación del equipo técnico RLORPM.

⁴⁹ A continuación, el art. 28.1 LORPM establece que la medida cautelar podrá consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza”.

El art. 10.1.b) *in fine* LORPM se refiere a los supuestos en los que un menor de 16 o 17 años comete alguna infracción penal de las contempladas en el art. 9.2 LORPM (aquellas que permiten la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado⁵⁰), concurriendo en el hecho “extrema gravedad”. En estos casos, el marco de actuación del juez de menores se ve modulado, pues la posibilidad de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado (art. 9.2 LORPM) se transforma en un mandato imperativo de imponer una medida de este tipo con una extensión temporal de uno a seis años. Debe destacarse que el art. 10.1.b) LORPM afirma que “a los efectos previstos en el párrafo anterior, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia”.

Por todo lo anteriormente expuesto, la interpretación conjunta de los arts. 7.3, 10.1.b) y 28 LORPM permite concluir que, en el marco del sistema de justicia penal juvenil español, siempre atendiendo a los principios de flexibilidad e individualización de medida, la determinación de la sanción a imponer se va a sustentar en la valoración de los hechos cometidos –principalmente su gravedad– y, muy especialmente, en todas las circunstancias concurrentes en el menor (personales, familiares, educativas, laborales –en su caso–, etc.).⁵¹

El amplio punto de vista o abanico de circunstancias y elementos desde el cual la autoridad judicial ha de valorar la medida a imponer obedece a la propia filosofía de la LORPM, recogida en su Exposición de Motivos. En este sentido, se afirma como principio general la “naturaleza formalmente

⁵⁰ Art. 9.2 LORPM: “2. La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando: a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales. b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas. c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

⁵¹ En relación con la aplicación y efectos del art. 7.3 LOPRM, *vid.* sentencia Nº 246/2019, de 28 junio, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) ARP 2020\428; sentencia Nº 34/2016, de 3 febrero, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) JUR 2016\93216; sentencia Nº 497/2015, de 6 octubre, de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 3ª) JUR 2016\28133; sentencia Nº 39/2006, de 13 marzo, de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1ª) JUR 2006\137531.

penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad” (apartado II 6). De este modo, y a pesar de las reformas legislativas que han desvirtuado su esencia original en casos de delitos graves, la LORPM construye un Derecho penal de menores que “ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas (...)” (apartado II 7 Exposición de Motivos).⁵² Todo ello conecta a su vez con los principios inspiradores de la ejecución de las medidas, fase en la cual se atiende de forma constante a la totalidad de circunstancias que concurren en el menor,⁵³ de cara a promover su (re)integración y (re) inserción social.

⁵² En este punto debe destacarse la especial relevancia que, de forma transversal en el sistema de justicia penal juvenil español, tienen los informes técnicos emitidos tanto en la fase de instrucción como en la fase de ejecución de medida firme, los cuales son trasladados al Ministerio Fiscal y al juez de menores. Ciertamente, tales informes analizan y valoran todas las posibles circunstancias relevantes del menor, con una finalidad doble: a) decidir en cada momento cuál es la medida más conveniente para el menor atendiendo a su interés superior, y b) diseñar y evaluar de forma periódica el programa individualizado de ejecución de medida, instrumento vital que va a permitir trabajar con el menor en todas las esferas esenciales de su desarrollo como persona: situación psicológica, educativa o laboral, familiar y social.

Así, el art. 49 LORPM, relativo a los informes sobre la ejecución, establece:

“1. La entidad pública remitirá al Juez de Menores y al Ministerio Fiscal, con la periodicidad que se establezca reglamentariamente en cada caso y siempre que fuese requerida para ello o la misma entidad lo considerase necesario, informes sobre la ejecución de la medida y sus incidencias, y sobre la evolución personal de los menores sometidos a las mismas. Dichos informes se remitirán también al letrado del menor si así lo solicitare a la entidad pública competente.

2. En los indicados informes la entidad pública podrá solicitar del Ministerio Fiscal, cuando así lo estime procedente, la revisión judicial de las medidas en el sentido propugnado por el artículo 13.1 de la presente Ley”.

También la LORPM, cuando establece la relación de deberes de los menores internos en centros privativos de libertad, recoge como tal “participar en las actividades formativas, educativas y laborales establecidas en función de su situación personal a fin de preparar su vida en libertad” (art. 57. h) LORPM).

Vid. también el art. 13.- Informes durante la ejecución RLORPM.

⁵³ En este sentido, el art. 6. RLORPM recoge como principios, entre otros: “e) la adecuación de las actuaciones a la edad, la personalidad y las circunstancias personales y sociales de los menores; f) la prioridad de las actuaciones en el propio entorno familiar y social, siempre que no sea perjudicial para el interés del menor. Asimismo en la ejecución de las medidas se

Cabe concluir este apartado destacando la obligación del juez de menores de motivar en sentencia, en todo caso, las razones por las que decide aplicar una determinada medida, así como el plazo de duración de esta, “a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor” (art. 7.3 LORPM).

En relación con el caso concreto, en puridad debe afirmarse que, atendiendo a la LORPM, no hay reincidencia en sentido jurídico, pues esta solo tiene cabida en los supuestos de extrema gravedad del art. 10.1. b), párrafo tercero (que requiere, a su vez, que se den los presupuestos del art. 9.2 LORPM, en los que no encaja el robo con fuerza en las cosas). Aún así, se concluye por todo lo expuesto que la **reiteración en la comisión de delitos** contra el patrimonio tendría, desde el punto de vista de la praxis española, una incidencia relevante en la determinación de la sanción a imponer, por estimarse que es una muestra de la consolidación de una trayectoria delincencial frente a la que el sistema de justicia penal juvenil debe actuar, para ponerle coto. Además, el fracaso de las anteriores respuestas más benignas dadas por dicho sistema sería también demostración de que deben adoptarse decisiones que ofrezcan mayores garantías de que la intervención educativa y socializadora podrá lograr mejores resultados (*vid.* art. 7.3, 10.1.b y 28 LORPM).

Respecto a la incidencia que tendrían en la determinación de la sanción sus **circunstancias personales, en particular su situación de abandono escolar, la precariedad de su situación familiar y socioeconómica**, debemos estar a lo dispuesto en el art. 7.3 LORPM, que establece que se atenderá “de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor (...)”. Así, las circunstancias indicadas se tendrán muy en cuenta a la hora de decidir la sanción a imponer.

En cuanto a la repercusión de la **baja gravedad (en términos relativos) del delito** por el que se condena a Juan, ha de tenerse en cuenta su consideración como delito menos grave a la luz de la legislación española.⁵⁴

utilizarán preferentemente los recursos normalizados del ámbito comunitario; g) el fomento de la colaboración de los padres, tutores o representantes legales durante la ejecución de las medidas”.

⁵⁴ Los hechos por los que ahora se condena a Juan serían calificados en el orden penal español como un delito de robo con fuerza en las cosas cometido en establecimiento abierto al público fuera de las horas de apertura, siendo castigado con una pena de prisión de uno a cinco años (*vid.* arts. 238, 241.1, 13.2 y 33.3 CP-1995).

De este modo, esta calificación no sería un obstáculo insalvable para la imposición de una medida privativa de libertad. Solo lo sería para imponer una medida de internamiento en régimen cerrado –que no cabría adoptar por no concurrir los requisitos previstos en el artículo 9.2 LORPM–, por lo que sí podría adoptarse una medida de internamiento en régimen semiaabierto o abierto.⁵⁵ De hecho, dados los antecedentes y el fracaso reiterado de las medidas de medio abierto, puede afirmarse que no tendría sentido imponer una nueva medida no privativa de libertad. Atendiendo a la legislación y la praxis española, se podría recomendar adoptar una medida de internamiento en régimen semiaabierto por un período efectivo no inferior a un año, dejando sin efecto la medida que estaba cumpliendo (la fase final de internamiento semiaabierto sería en libertad vigilada; art. 7.2 LORPM).

El posicionamiento en cada una de las cuestiones planteadas lleva necesariamente a analizar las posibles “brechas” existentes entre la normativa y la praxis española y los **estándares 10 a) y b), 12 c), 15, 16 y 18 a) y b), y 20:**

- Tal y como se ha expuesto en la primera parte del informe, el estándar 10 pone de manifiesto una profunda “brecha”, ya que es en este ámbito donde se pone de manifiesto la variabilidad de la LORPM en lo que respecta a la determinación de la sanción penal, distinguiendo entre un régimen ordinario (arts. 7.3 y 9.3 LORPM), más atento a las circunstancias personales y familiares del menor que a la gravedad del hecho cometido, y un régimen extraordinario (art. 10 LORPM), que atiende más a criterios retributivos, de prevención general y en gran medida simbólicos. De este modo, los párrafos primero, tercero y cuarto del estándar 10 a) evidencian una “brecha” con la normativa española, al igual que ocurre con el estándar 10 b), pues gran parte de las reformas de la LORPM han encontrado su origen en consideraciones de seguridad pública y fines simbólicos.

⁵⁵ A este respecto, hay que señalar lo dispuesto por el art. 9.1 y 4 LORPM, pues ambos preceptos incluyen reglas imperativas para los jueces de menores a la hora de decidir la medida a imponer. Art. 9.1: “Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta (*delito leve*), sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses”. Art. 9.4: “Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado”.

- Puede afirmarse una concordancia plena con el estándar 12 c), ya que los arts. 9.1, 9.3 y 9.4 LORPM establecen reglas de proporcionalidad ordinal negativa respecto a las sanciones privativas de libertad al delimitar en qué supuestos no caben estas y al definir cuándo sería posible o no la imposición de internamiento en régimen cerrado.

- Respecto al estándar 15, cabría afirmar cierta “brecha” en relación con el segundo párrafo del estándar por discriminación en atención a las circunstancias personales –familiares– del menor, pues las mismas tendrán un peso muy relevante para la determinación de la sanción a imponer junto a la valoración de la gravedad de los hechos (art. 7.3 LORPM), pudiendo ser un elemento decisorio en la elección entre una sanción privativa de libertad y una no privativa de libertad.

- Con anterioridad ya se ha puesto de manifiesto que en el sistema español de justicia penal juvenil sí se tienen en cuenta los antecedentes por las razones ya apuntadas, por lo que debe afirmarse una muy relevante “brecha” con el estándar 16, como consecuencia del peso que los informes técnicos previos pueden tener en la decisión de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal.

- En relación con el estándar 18 a), puede afirmarse una concordancia plena (art. 8, párrafo 2º LORPM). Respecto al apartado b) del citado estándar, cabría afirmar cierta “brecha” con la práctica llevada a cabo, pues, a veces, se adopta la medida privativa de libertad por ofrecer una mayor garantía de que el menor realizará actividades dirigidas a su educación y socialización. La “brecha” con el estándar 18 b) también se sustenta en el hecho de que los art. 10.1.b) y 10.2 LORPM establecen supuestos donde, de forma imperativa, se deberá imponer la medida de internamiento en régimen cerrado sin que pueda valorarse cualquier otra, independientemente de si ello fuera estrictamente necesario.

- En cuanto al estándar 20, la concordancia es plena con la normativa y práctica española (art. 7.3 LORPM).

II. Efectos de la imposición de una nueva sanción no privativa de libertad en la ejecución de la sanción de libertad asistida/vigilada en curso

En el marco del supuesto práctico planteado, Juan se encontraba dando cumplimiento a una sanción de dos años de libertad asistida impuesta por la comisión previa de dos delitos de hurto, cuando quebrantó la medida por la comisión de un delito de robo con fuerza en las cosas.

El art. 50 LORPM establece **reglas específicas respecto al quebrantamiento de la ejecución de medidas privativas de libertad y no privativas de libertad**.⁵⁶ Respecto de estas últimas, se afirma que “el Ministerio Fiscal podrá instar del Juez de Menores la sustitución de aquélla por otra de la misma naturaleza. Excepcionalmente, y a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico, el Juez de Menores podrá sustituir la medida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento” (art. 50.2 LORPM). A continuación, el art. 50.3 LORPM abre la puerta a que el quebrantamiento de la medida, como tal, dé lugar a un nuevo proceso judicial y una nueva sanción.⁵⁷

En el caso de que el robo con fuerza en las cosas fuera sancionado con una medida no privativa de libertad, la sanción de libertad asistida seguirá su curso, pudiendo simultanearse con la nueva medida que se imponga (art. 11.1.a) RLORPM), atendiendo al principio general aplicable a la ejecución de varias medidas: simultaneidad en la ejecución de las medidas cuando sean compatibles entre sí. También cabría que, en el momento de proceder a la ejecución de esta segunda medida, dado que el control de la ejecución se residenciará en el juez de menores que primero condenó, este acordará la refundición de las medidas y podrá disponer –si son de la misma naturaleza– que formen una sola (art. 47.2 LORPM).

Los aspectos analizados en este ámbito de estudio permiten determinar posibles “brechas” entre el derecho aplicado y las consideraciones tenidas en cuenta por los **estándares 22, 24 a) y 25 a)**:

- Respecto al estándar 22, cabe afirmar una concordancia plena en lo relativo a la necesidad de atender de forma preeminente al desarrollo e integración social del adolescente durante la ejecución de la medida. Así se deriva de los principios inspiradores de la ejecución de las medidas contemplados en el art. 6 RLORPM. En concreto, respecto a las medidas

⁵⁶ Vid. Circular N° 1/2009, 27 de abril de 2009, de la Fiscalía General del Estado, sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil en medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/0e3f68a9-2e97-8b36-56d1-ace9dd5783e6>.

⁵⁷ Art. 50.3 LORPM: “Asimismo, el Juez de Menores acordará que el secretario judicial remita testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley Orgánica y merecedora de reproche sancionador”.

privativas de libertad, el art. 55.2 LORPM establece que “la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento pueda representar para el menor o para su familia, favoreciendo los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados, y la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas en el proceso de integración social, especialmente de las más próximas geográfica y culturalmente”.

- En cuanto a la sustitución o término anticipado de la sanción, el estándar 22 es acorde a lo establecido en el art. 51.1 LORPM, el cual afirma que “durante la ejecución de las medidas el Juez de Menores competente para la ejecución podrá, (...), dejar sin efecto aquellas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida. (...)”. Y esto mismo en conexión con lo dispuesto por el art. 13.1 LORPM en materia de modificación de medidas.⁵⁸

- Los estándares 24 y 25 son conformes a la normativa y praxis del sistema español. Únicamente debe señalarse que, en el caso de reiteración delictiva posterior al inicio de la ejecución de la sanción no privativa de libertad, la nueva infracción delictiva podrá dar lugar a una nueva sanción por el hecho cometido y otra sanción por el quebrantamiento de la medida. En todo caso, la concurrencia de medidas o sanciones de la misma tipología dará lugar a la refundición de las medidas en ejecución y pendientes, conforme al art. 47 LORPM.

Caso 2

El caso que se contempla recoge de manera tangencial uno de los fenómenos delincuenciales que mayor preocupación ha despertado en el ámbito de la delincuencia juvenil en España en las dos últimas décadas: la violencia

⁵⁸ Art. 13.1 LORPM: “El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta”.

y el acoso escolar.⁵⁹ A este respecto, la Fiscalía General del Estado dictó la *Instrucción N° 10/2005, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*,⁶⁰ con la finalidad de dar pautas sobre cómo abordar este fenómeno desde las Fiscalías de Menores.⁶¹

El incremento de episodios de acoso escolar de amplia repercusión mediática en los primeros años de la década de los 2000 fue, entre otros, uno de los argumentos para incorporar una nueva sanción al elenco establecido en el art. 7 LORPM a través de la *Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. De este modo, el art. 7.1.i) pasó a incluir la medida de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine

⁵⁹ Vid. Amnistía Internacional, *Hacer la vista... ¡gorda!: El acoso escolar en España, un asunto de Derechos Humanos*, 2019; CERESO RAMÍREZ, F. Y RUBIO HERNÁNDEZ, F. J., “Medidas relativas al acoso escolar y ciberacoso en la normativa autonómica española. Un estudio comparativo”, *Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, 20(1), 2017, pp. 113-126; LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. Y MOLINERO MORENO, E. (Coords.), *Adolescencia, violencia escolar y bandas juveniles ¿qué aporta el derecho?*, Tecnos, 2009; LUENGO LATORRE, J. A., *El acoso escolar y la convivencia en los centros educativos. Guía para el profesorado y las familias*, Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid, 2019; MOLINA BLÁZQUEZ, C., “Tratamiento penal de la violencia entre menores. Especial referencia a la violencia escolar, el acoso y el ciberacoso”, en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.), *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2017, pp. 187-228; PÉREZ VALLEJO, A. M^a. “El complejo régimen que disciplina la responsabilidad civil por daños derivados del acoso escolar”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, 2015, fasc. IV, pp. 1387-1452; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ DEL REAL, C., “Aspectos jurídicos del acoso y ciberacoso escolar”, *Revista de Estudios de Juventud*, N° 115 (*Jóvenes: bullying y cyberbullying*), 2017.

⁶⁰ Vid. <https://www.fiscal.es/documents/20142/e325f16e-2e44-831e-b3fe-2b7ac14bd7a6>.

⁶¹ En materia de acoso escolar, vid. sentencia N° 272/2019, de 26 septiembre, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 6ª (JUR 2020\15030); sentencia N° 130/2017, de 21 febrero, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 5ª (ARP 2018\118); sentencia N° 245/2014, de 4 noviembre, del Juzgado de Menores núm. 1 de Barcelona (JUR 2015\163109); sentencia N° 373/2014, de 16 septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª (AC\2015\1056); sentencia N° 93/2011, de 8 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª (RJCA\2011\151); sentencia N° 178/2005, de 15 julio, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (JUR\2005\174855).

el juez,⁶² modificación que tenía en su trasfondo los crecientes episodios de violencia escolar y de violencia filio-parental en la sociedad española.⁶³

A continuación, se procede a analizar las diferentes cuestiones relevantes derivadas del caso objeto de estudio, así como a determinar las posibles “brechas” concurrentes con los *Estándares Comunes*.

I. Acceso y empleo de informes psicosociales previos a la comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento

En relación con las cuestiones planteadas a este respecto, en el sistema español sí sería posible que la información recabada por el sistema de protección de menores llegase al conocimiento de la Fiscalía, ya que, al estar regida por el principio de unidad de actuación (de hecho, los fiscales de menores dependen de una misma unidad especializada que abarca tanto el ámbito de la protección como de la reforma o de menores infractores), tiene fácil acceso a los antecedentes e informes recabados por el sistema administrativo de protección de menores.⁶⁴ Ciertamente, sería muy extraño que, si se ha cometido un hecho anterior constitutivo de homicidio u homicidio en grado de tentativa, no constara en la investigación del fiscal.

En todo caso, la información sobre ese incidente previo protagonizado por Pedro antes de cumplir los catorce años será manejada con mucha prudencia por la Fiscalía, dado que se basa en hechos que no fueron

⁶² Art. 7.1.i) LORPM: “La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. Esta medida impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual (...)”.

⁶³ Vid. SELMA A., Abadías “La violencia filio-parental: aspectos penales y criminológicos”, en CALVETE ZUMALDE, E. y PEREIRA TERCERO, R. (Coords.), *La violencia filio-parental: análisis, evaluación e intervención*, Alianza, 2019, pp. 237-266.

Vid. Circular N° 1/2010, de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/2dde6992-e420-09cb-fc4d-4c9025ab1011>.

⁶⁴ Ha de recordarse que el art. 7.3 LORPM establece que la personalidad y el interés del menor se valorarán a la hora de determinar la sanción a imponer, atendiendo a los “informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley”.

sometidos a juicio y probados. No obstante, dadas la gravedad de dicho primer incidente y la enorme similitud del *modus operandi* (aunque no de las circunstancias desencadenantes), será difícil que el fiscal de menores no acoja dicha información y la tenga en cuenta en el momento de tomar declaración al menor.

De igual modo, resulta bastante probable que el equipo técnico de la Fiscalía de menores también maneje dicha información y la tenga muy en cuenta de cara al informe de personalidad que realice y a la medida judicial que proponga.

En definitiva, en el modelo español es altamente probable que ese incidente previo se acabe teniendo en cuenta por el fiscal al formular el escrito de alegaciones (acusación) y por el juez de menores a la hora de dictar la sentencia y acordar la medida.

Cabe señalar, no obstante, que conforme al artículo 10.2.a) LORPM, el juez necesariamente le tiene que imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada con otra medida de libertad vigilada de hasta tres años. Será a la hora de fijar la duración concreta de las mismas cuando se podría valorar la previa agresión con otro cúter. Al tratarse de un delito de tanta gravedad con resultado de muerte, los jueces de menores suelen actuar con mucha contundencia en un caso como el que se nos presenta como modo de garantizar una intensa intervención educativa y, en este caso, sobre todo, psicológica, que permita reducir el riesgo de reiteración en el futuro.

Las conclusiones expuestas en torno a este eje permiten identificar las siguientes “brechas” relativas a los **estándares 29 y 30 a)**. De conjunto, puede afirmarse cierta “ruptura” entre este modo de proceder y los citados estándares: en el modelo español se realiza una evaluación muy global de la información obtenida sobre el menor y toda su trayectoria. Y, en el caso concreto estudiado, se consideraría como muy pertinente tener en cuenta el antecedente de Pedro en un hecho similar.

- En relación con el estándar 29, se considera que existe una clara “brecha” con sus dos párrafos, pues, tal y como se ha venido señalando en el estudio de casos, ciertamente toda información en torno al menor es relevante con la finalidad de valorar mejor la medida que se ajuste al interés superior del menor, en el marco del art. 7.3 LORPM. Igualmente, sería factible que haya información o circunstancias que no sean relevantes o pertinentes en la fase de sentencia a la hora de determinar la sanción firme, pero que sí lo sean en la fase de adopción de la medida cautelar.

- Respecto al estándar 30 a), de nuevo puede hablarse de “brecha”, pues en el sistema de justicia penal juvenil español se maneja toda la información relativa al menor a lo largo de todo el proceso, no solamente para determinar la sanción específica una vez decidida la culpabilidad o inocencia. Téngase en cuenta que desde el inicio se elabora un informe técnico que busca recopilar toda la información posible en torno a las circunstancias personales, sociales y familiares del menor. No obstante, debe afirmarse que la culpabilidad o inocencia se predica sobre el hecho delictivo, no debiendo influir circunstancias extemporáneas al ilícito penal.

II. Actuación de los profesionales integrantes de los equipos técnicos

El tema central de las cuestiones planteadas a este respecto debe analizarse a la luz de lo dispuesto por el art. 4 ROLRPM, relativo a la actuación del equipo técnico. Dicho precepto señala que los “equipos técnicos” han de estar formados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales con una función esencial dentro del sistema de justicia penal juvenil: asistir técnicamente dentro de sus propias disciplinas profesionales a los jueces de menores y al Ministerio Fiscal.⁶⁵ En concreto, el art. 4.2 párrafo segundo RLORPM establece que, durante la fase de instrucción (investigación), los equipos técnicos llevarán a cabo sus funciones bajo la dependencia funcional del Ministerio Fiscal y del juez de menores cuando lo ordene.

Respecto a la entrevista en sí (que se entiende que se realiza en fase de instrucción), en principio, Pedro no podría concurrir acompañado de defensor/abogado. Debe tenerse en cuenta como fundamento de esta respuesta que el informe del equipo técnico tiene naturaleza pericial o cuasipericial y que el equipo técnico es colaborador de la administración de justicia, tal y como se deriva el art. 4 LORPM. Por ello, dada la naturaleza pericial de la que participa el citado informe, no es concebible que un abogado defensor pudiera interferir en la entrevista, pues ello sería ajeno al derecho de defensa.

⁶⁵ En relación con las funciones concretas de los equipos técnicos, el art. 4 RLOROM establece: “(...) asistir técnicamente en las materias propias de sus disciplinas profesionales a los jueces de menores y al Ministerio Fiscal, elaborando los informes, efectuando las propuestas, siendo oídos en los supuestos y en la forma establecidos en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y, en general, desempeñando las funciones que tengan legalmente atribuidas.

Del mismo modo, prestarán asistencia profesional al menor desde el momento de su detención y realizarán funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado (...).”

En el caso de que en la entrevista el psicólogo se entere del anterior episodio de violencia protagonizado por Pedro, se considera, de forma rotunda, que sí podría revelarlo en el informe. Se trata de una información relevante y esencial, que el equipo técnico no puede silenciar en su informe. Así, la norma general es recoger en dichos informes toda la trayectoria anterior del menor, incluso la que fue previa a alcanzar la edad mínima de responsabilidad penal, aunque tales hechos no pudieran ser juzgados por no cumplirse con el requisito mínimo de la edad. En esta misma línea, debe tenerse en cuenta que, muy probablemente, el psicólogo del equipo técnico de reforma de menores, tras tener conocimiento del primer incidente, abordará dicha cuestión en la entrevista con el menor y si este le vuelve a reconocer su participación en él y los demás elementos que lo acompañaron, lo recogerá así. Si no lo reconociera o no se pronunciara sobre ello, el psicólogo se limitaría a reseñar el anterior incidente tal y como fue recogido en el informe del sistema de protección. Igualmente, el psicólogo recogerá con todo detalle la información que el menor verbalice sobre los motivos que le llevaron a la comisión del segundo episodio con resultado de muerte.

La materia analizada permite someter a estudio los estándares **30 b) y 30 c)**, con las siguientes conclusiones:

- Respecto al estándar 30 b), parece claro que hay una brecha o contradicción entre el modo de proceder expuesto y este estándar. La entrevista por parte del equipo técnico se realizará sin presencia del letrado/defensor y la información recopilada será de un gran valor para tener una visión integral del menor a la hora de cometer los hechos en todas sus circunstancias.

- Respecto a la imparcialidad del equipo técnico, en teoría sí que se da, por cuanto solo actúa con base en criterios profesionales y bajo el rigor del puesto esencial que desempeñan. Así, puede afirmarse que, con carácter general, existe concordancia con el estándar 30 c) salvo en lo relativo a la dependencia funcional de los equipos técnicos y su adscripción orgánica. En todo caso, el art. 4.2 RLORPM concluye: “no obstante lo anterior, en el ejercicio de su actividad técnica actuarán con independencia y con sujeción a criterios estrictamente profesionales”.⁶⁶

⁶⁶ Art. 4.2 RLORPM: “Los profesionales integrantes de los equipos técnicos dependerán orgánicamente del Ministerio de Justicia o de las comunidades autónomas con competencias asumidas y estarán adscritos a los juzgados de menores.

III. Dolo y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Especial referencia a la potencial apreciación de inimputabilidad

Para el caso de que Pedro hubiese actuado bajo dolo eventual o no existieran antecedentes de haber agredido a un tercero en términos similares, nuevamente, tal y como se ha venido señalando en el informe, la autoridad judicial examinará la totalidad de circunstancias concurrentes (art. 7.3 LORPM). La actuación bajo dolo eventual se analizará y valorará en “la prueba y valoración jurídica de los hechos” dentro del análisis del grado de culpabilidad concurrente en el menor, mientras que la ausencia de episodios previos similares o fantasías delincuenciales se someterán a estudio en el informe técnico que se emita respecto a las circunstancias, personalidad e interés superior del menor.

Conforme al planteamiento inicial del caso, el resultado de muerte provocado por la acción de Pedro supondrá la aplicación imperativa de una medida de internamiento en régimen cerrado por un período de uno a cinco años, completada por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años (art. 10.2.a) LORPM⁶⁷). Se trata de uno de los casos –delitos especialmente graves– en que el legislador prevé que el principio de flexibilidad y la primacía de la finalidad educativa ceden ante necesidades de prevención general y retributiva, y fija, sin posible margen de discrecionalidad, la sanción del hecho con un internamiento en régimen cerrado.

Por las circunstancias en que se plantea el caso, parece poco probable que pudiera acreditarse una eximente completa de anomalía o alteración

Durante la instrucción del expediente, desempeñarán las funciones establecidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, bajo la dependencia funcional del Ministerio Fiscal y del juez de menores cuando lo ordene.

No obstante lo anterior, en el ejercicio de su actividad técnica actuarán con independencia y con sujeción a criterios estrictamente profesionales”.

⁶⁷ Art. 10.2.a) LORPM: “Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes: a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años (...)”.

psíquica (art. 20.1º CP-1995⁶⁸). En todo caso, quizás se podría acudir a una eximente incompleta de alteración psíquica (art. 21.1º CP-1995) o a la circunstancia atenuante ordinaria de arrebató u obcecación (art. 21.3ª CP-1995).⁶⁹ Desde una perspectiva práctica, y atendiendo a los hechos cometidos, parece que cualquiera de estos supuestos llevaría a la imposición de una medida de internamiento terapéutico en régimen cerrado por un tiempo máximo de cinco años.

Sin embargo, de apreciarse la eximente completa de anomalía o alteración psíquica del art. 20.1º CP-1995, habría que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

A) El art. 5.1 LORPM excluye del ámbito subjetivo de aplicación de la ley a los menores en los que concurra alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad criminal prevista en el CP-1995. La filosofía preventivo-especial positiva de la norma hace que, a continuación, el art. 5.2 LORPM establezca que “no obstante lo anterior, a los menores en quienes concurran las circunstancias previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del vigente Código Penal les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras d) y e), de la presente Ley”. De este modo, la LORPM posibilita que en ciertos casos de exención de responsabilidad criminal se pueda imponer, solamente de ser necesario, una medida de internamiento terapéutico o una medida de tratamiento ambulatorio,⁷⁰ adquiriendo estas la condición de medidas de seguridad.

⁶⁸ Art. 20.1º CP-1995: “Están exentos de responsabilidad criminal:

1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

⁶⁹ Art. 21.1ª y 3ª CP-1995: “Son circunstancias atenuantes:

1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos (...).

3.ª La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”.

⁷⁰ En este mismo sentido, el art. 9.5 LORPM afirma: “Cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2 de esta Ley, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e) de la misma”.

A este respecto, la *Circular N° 3/2013, de 13 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil*, establece que “(...) ante la apreciación de una causa de inimputabilidad sólo puede imponerse una medida terapéutica, pero tal imposición no es inexorable, toda vez que no hay necesidades preventivo generales ni retributivas que satisfacer. Así, en estos casos, la medida sólo debe imponerse si existe una necesidad objetiva. Es por ello que el art. 5.2 LORPM se refiere a la imposición en caso necesario. Será preciso que la necesidad de tratamiento, la peligrosidad del menor y la prevención especial positiva (finalidad de reintegración social) justifiquen en cada caso la imposición de la medida”.⁷¹

B) Por otra parte, la *Circular N° 3/2013* deja claro que “el internamiento terapéutico como medida de seguridad sólo puede imponerse al menor absuelto por su inimputabilidad cuando los hechos que se le hubieren imputado fueran susceptibles de ser sancionados con medida privativa de libertad y por el tiempo máximo de ésta”. En esta misma línea, de no hacer de peor condición al menor inimputable frente al imputable, cabe destacar que solo podrá imponerse el régimen cerrado del internamiento terapéutico cuando los hechos realizados puedan encajarse en el art. 9.2 LORPM.

C) Respecto a la duración de las medidas de internamiento terapéutico, consideramos que como máximo será de cinco años, es decir, el tiempo máximo que habría durado la medida de internamiento en centro cerrado de haberse considerado imputable al menor (art. 10.2.a). Esta interpretación halla fundamento en el régimen de medidas de seguridad establecido en el CP-1995 para los adultos inimputables y la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho de la duración de dichas medidas.⁷² La argumentación se completa teniendo en cuenta los criterios internacionalmente admitidos,

⁷¹ Posteriormente, la citada Circular establece que “la imposición del internamiento terapéutico en los casos de inimputabilidad declarada no es preceptiva, ni siquiera cuando los hechos en sí puedan subsumirse en tipos que integren supuestos de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM), sin perjuicio, lógicamente, de que a mayor gravedad de los hechos, pueda, como regla general, inferirse mayor peligrosidad y, correlativamente pueda ponerse con más claridad de relieve la necesidad de imponer un internamiento terapéutico”.

Vid. <https://www.fiscal.es/documents/20142/ee637079-8502-14b9-ec4b-bb8f2d2adddb>

⁷² El Tribunal Supremo en Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de fecha 31 de marzo de 2009 ha considerado que la duración máxima de la medida de internamiento para los adultos inimputables y semimputables se determinará en relación a la pena señalada por la ley en abstracto para el delito de que se trate.

como recuerda la Circular Nº 3/2013, de que no se puede hacer de peor condición al menor que al adulto⁷³ ni discriminar al menor incapaz respecto del capaz.⁷⁴ De este modo, cabe afirmar que –en línea con lo dispuesto por el art. 10.2.a) LORPM– la medida de internamiento que se pudiera imponer a Pedro sería por un periodo máximo de cinco años,⁷⁵ y que dicha medida podría ser sustituida, suspendida o alzada si mejorara la salud mental del menor.

En el supuesto en el que se imponga al menor inimputable una medida de tratamiento ambulatorio, consideramos que la duración máxima de la misma sería de dos años, que es la duración que establece el art. 9.3 de la LORPM para esta medida. La cuestión, no obstante, no está exenta de polémica, puesto que no se recoge una norma específica para los supuestos de inimputabilidad en la ley.

El caso estudiado permite reflexionar en torno a las posibles brechas entre el sistema español y los estándares **10 a) y b)**, **12 a) y b)**, y **18 a) a la e)**. Puede afirmarse de forma global que, sin duda alguna, el supuesto propuesto pone de manifiesto una brecha en la mayor parte de las soluciones que se adoptarían conforme a la normativa española y los estándares citados, tal y como se expone a continuación:

- Las respuestas dadas al presente caso evidencian un distanciamiento entre la praxis española y los párrafos primero, tercero y cuarto del estándar 10 a): el primer párrafo, en concreto, respecto de los supuestos en los que el menor de edad comete alguno de los delitos graves que contempla

⁷³ La Circular Nº 3/2013 establece que “debe tenerse presente que el internamiento terapéutico, en tanto tiene la consideración legal de medida privativa de libertad, no podrá exceder en su duración del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal, como expresamente determina el art. 8.2 LORPM”.

⁷⁴ Afirma la Circular Nº 3/2013 que “por extensión natural del criterio de no discriminación del menor en relación con el adulto y del menor discapaz en relación con el capaz, no podrán imponerse al menor inimputable contenidos o condiciones de rigor –como podría ser el régimen cerrado del internamiento–, que no estén expresamente previstos en la medida que en concreto pudiera imponerse, por los mismos hechos y en las mismas circunstancias bien al adulto, bien al menor que respectivamente hubieran sido declarados responsables conforme al CP o a la LORPM”.

⁷⁵ La Circular Nº 3/2013 recuerda a los señores fiscales que en caso de ser aplicable por la edad del menor el art. 10.2 b), no regirá respecto del menor inimputable el período de seguridad contenido en dicha norma.

el art. 10.2 LORPM. Los párrafos tercero y cuarto, con carácter general, frente a la filosofía propia de la LORPM, pues el grado de culpabilidad –en exclusivo– difícilmente va a determinar el tipo de sanción.

- Tal y como se expuso anteriormente, se identifica una brecha con el estándar 10 b), pues las reformas más relevantes de la LORPM han obedecido a razones de seguridad pública y fines simbólicos.

- En lo que respecta al estándar 12, cabe afirmar el ajuste del apartado a) con la praxis española en cuanto al amplio abanico de medidas que se pueden imponer y su extensión. El art. 10.2 LORPM evidencia una brecha absoluta con el estándar 12 b).

- Finalmente, respecto al estándar 18, debe afirmarse la concordancia con su apartado a), derivada del art. 8, párrafo 2º LORPM. En cuanto al apartado b), ya se justificó la concurrencia de cierta brecha, pues, en la práctica, a veces se adopta la medida privativa de libertad por ofrecer una mayor garantía para la ejecución de actividades dirigidas a la educación y socialización de adolescente. La “brecha” con el estándar 18 b) se plasma también en los arts. 10.1.b) y 10.2 LORPM, que recogen supuestos en los que la medida de internamiento en régimen cerrado debe imponerse de forma imperativa. En cuanto al estándar 18 c), el mismo se ajusta a la normativa española salvo en lo relativo a los citados arts. 10.1 b) y 10.2 LORPM, que “cierran” un listado de delitos en los que se debe imponer la privación de libertad. Respecto al estándar 18 d), debe señalarse que la reforma operada por la LO 8/2006 supuso un quebranto de este estándar, al ampliar los límites máximos de la privación de libertad para determinados supuestos delictivos. Respecto al estándar 18 e), ciertamente cabría identificar una posible brecha derivada del art. 18 LORPM. Dicho precepto regula el desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar, y parecería que su aplicación no sería factible en los casos de adolescentes que no gozan de un soporte firme en el ámbito educativo o familiar. De este modo, únicamente cabría acudir a los art. 19 o 27.4 LORPM como vías de aplicación del principio de oportunidad.⁷⁶

⁷⁶ Art. 18 LORPM: “El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado.

Caso 3

El supuesto práctico que aquí se plantea de nuevo pivota sobre una realidad muy común en la delincuencia juvenil española: la comisión de delitos de robo con violencia o intimidación, que muy frecuentemente se unen a resultados lesivos que atentan contra la integridad física de las personas. El caso descrito permite adentrarse en otra realidad muy común: los avances positivos que la ejecución de la medida supone para el adolescente infractor que cumple con la misma, atendiendo a los objetivos y actividades programadas.

I. Elementos que valorar ante la solicitud de modificación de medida

Respecto a qué consideraciones tendría en cuenta el tribunal frente a la solicitud de modificación de medida privativa de libertad a no privativa de libertad, deben destacarse las siguientes: a) el tiempo de privación de libertad transcurrido en relación con la totalidad de la duración del internamiento impuesta; b) la evolución en el cumplimiento de los objetivos fijados en su programa individualizado de ejecución, y c) los informes específicos que elabore el centro acerca de las cuestiones concretas planteadas por el letrado: la ansiedad generada por la privación de libertad y su negativa afectación

No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley”.

Art. 19.1 LORPM: “También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta”.

Art. 27.4 LORPM: “4. Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor”.

al embarazo, así como al proceso educativo y de desintoxicación de las drogas, provocado por su temor a continuar privada de libertad.

Las interrogantes planteadas a la luz de la solicitud de modificación de la sanción impuesta a Silvia permiten analizar la relación entre la práctica del sistema español y el **estándar 22, en relación con el 17**. Así, debe concluirse que el principio de flexibilidad que impregna la ejecución de las medidas impuestas judicialmente haría posible, en abstracto, atender la solicitud del letrado de la menor y acordar un cese anticipado del internamiento y su sustitución por una medida alternativa; todo ello en línea con la atención protagónica que se presta a las circunstancias del adolescente en el proceso de ejecución de la sanción. No existiría, pues, en este punto brecha con los dos citados estándares.

II. Concurrencia de períodos de seguridad en la ejecución de sanciones privativas de libertad

Tal y como se ha señalado anteriormente, el tiempo de privación de libertad transcurrido en relación con la totalidad del internamiento impuesto va a ser una circunstancia a tener en cuenta por el tribunal a la hora de decidir sobre la modificación de la medida. En concreto, respecto al peso que desempeñaría la circunstancia de que la porción tiempo de cumplimiento de sanción transcurrido es aún muy baja (una quinta parte), ha de señalarse que la importancia sería relativa,⁷⁷ salvo en los supuestos propios de los art. 10.1.b) y 10.2.b) LORPM, que establecen períodos de seguridad específicos: un año y la mitad de medida, respectivamente, del internamiento en régimen cerrado impuesto de forma imperativa.

En relación con la praxis española y su concordancia con el **estándar 23**, no se evidencia una brecha relevante salvo en lo dispuesto en el segundo párrafo del estándar. Tal y como se expuso en la primera parte del informe, el período de seguridad del art. 10.2.b) LORPM es de peor trato

⁷⁷ Es cierto que, en general, los tribunales españoles suelen confiar en la eficacia de las medidas privativas de libertad cuando se encuentran ante centros de menores bien gestionados y que consiguen buenos resultados en la educación y socialización de los menores. En esos casos, suelen dejar que transcurra un mayor tiempo de internamiento para tener mayores datos sobre la oportunidad de continuar o no con el mismo. Pero aun siendo esto así, precisamente esa confianza en los centros de menores haría que, si este informase favorablemente a la terminación anticipada de la medida (por estar de acuerdo con la solicitud del letrado o por otras razones apreciadas de oficio), el juzgado resolviese conforme a la orientación fijada en dicho informe técnico.

para los menores respecto de los adultos, ya que para los adultos el art. 36.2 CP-1995 permite al juez levantar el periodo de seguridad, acordando el régimen general de cumplimiento de la pena de prisión y la clasificación en tercer grado (excepto para un número reducido de delitos, en que no puede hacerlo) sin que se haya llegado a cumplir la mitad de la condena.

III. Decisión adoptada por el tribunal en torno a la solicitud de modificación de medida

Dada la situación descrita, debe avanzarse que la aplicación de las posibilidades legales de flexibilidad en la ejecución de los arts. 13 y 51 de la LORPM⁷⁸ es algo puramente casuístico, que requeriría de una valoración específica del caso concreto. No obstante, entrando en el supuesto que se plantea, no hay obstáculo legal, en principio, para aplicar los citados artículos, pues no se trata de un caso de extrema gravedad del art. 10.1.b) LORPM, que exigiría el cumplimiento de un año en centro cerrado (para el supuesto de que Silvia se encontrara interna en régimen cerrado como consecuencia de la posibilidad establecida en el art. 9.2 LORPM).

En todo caso, desde la práctica, si Silvia se encontrara efectivamente en régimen cerrado, sería algo precipitado modificar la medida si se tiene en cuenta que, en dicho régimen, conforme a los arts. 35.7 y 36.7 RLORPM, se condicionan las salidas y los permisos de fin de semana a que se haya cumplido un tercio de la medida.

⁷⁸ Art. 13 LORPM: “1. El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta.

2. En los casos anteriores, el Juez resolverá por auto motivado, contra el cual se podrán interponer los recursos previstos en la presente Ley”.

Art. 51 LORPM: “1. Durante la ejecución de las medidas el Juez de Menores competente para la ejecución podrá, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, dejar sin efecto aquellas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior y de acuerdo con el artículo 13 de la presente Ley (...)”.

Por todo ello, se considera que lo más adecuado sería diseñar un programa de evolución gradual de su preparación a la vida en libertad a través de un programa específico de salidas y permisos,⁷⁹ y si la evolución es positiva, valorar posteriormente la modificación a internamiento en régimen semiaabierto para después pasar a libertad vigilada.

De este modo, si finalmente la sanción no fuese modificada o sustituida, podemos distinguir dos supuestos:

a) Si las alegaciones del letrado fueran del todo infundadas y el centro no las compartiese en absoluto (entendiendo que se tratase de una mera estrategia de defensa), no habría cambio alguno en el plan de ejecución de la medida de Silvia.

b) Si, por el contrario, el centro reconociera esas nuevas circunstancias negativas para la menor y su proceso en el centro, sí que deberían replantearse los objetivos y las estrategias de intervención encaminadas a superar dichos obstáculos. En realidad, si el centro hiciese bien su trabajo y hubiese detectado esos problemas, debería haber actuado de oficio, intentando hacer las adaptaciones necesarias y, en caso de no ser estas viables o fracasar, proponiendo también de oficio el cambio de medida (o, cuando menos, el traslado a otro centro de internamiento donde pudieran darse otras circunstancias más favorables a la intervención).

Lo puesto de manifiesto permite concluir que el modelo español de ejecución de las medidas se ajusta perfectamente al **estándar 21**, de modo que el plan de ejecución es dinámico y se va adaptando a la evolución del menor en el cumplimiento de los objetivos planteado por el equipo técnico y aprobados por la autoridad judicial.

⁷⁹ Vid. arts. 45 y ss. LORPM.

INTRODUCCIÓN

El presente informe expone un análisis realizado al Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes de México (leyes, jurisprudencia y práctica judicial), respecto al principio de proporcionalidad de la medida de sanción contenida en el artículo 40.4 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989)³ y 78 de la Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño,⁴ que establecen que la respuesta a un delito cometido por una persona adolescente debe considerar tanto las circunstancias del hecho y su gravedad como las personales de las y los adolescentes (edad, diversidad sexual y de género, salud, pertenencia a una etnia o comunidad indígena, condición de discapacidad, entre otras).

El objetivo fundamental consiste en identificar las brechas entre los *Estándares comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales de Adolescentes (ECI)*, realizados por el Grupo de Estudios Iberoamericano sobre Justicia Juvenil,⁵ y el marco

¹ Doctora en Derecho, profesora investigadora del Instituto Nacional de Ciencia Penales (INACIPE), profesora por oposición de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), investigadora nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-Conacyt).

² En el presente informe participa Alicia Martínez Montes de Oca como asistente de investigación del proyecto. Licenciada en Psicología con estudios de posgrado en Criminología de la Facultad de Psicología de la UNAM.

³ El cual establece que las medidas aplicadas a las y los adolescentes deberán guardar proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción. En: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, consultado en mayo de 2020.

⁴ En: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom24.html>.

⁵ Publicados en noviembre de 2019.

normativo y las resoluciones de las y los operadores dentro del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes en México, a fin de concluir si estas se adecuan al principio de proporcionalidad contenido en las normas y documentos internacionales en la materia.

De acuerdo con la metodología convenida, el informe se dividirá en dos rubros:

I. *Determinación legal*: descripción de las leyes y jurisprudencia mexicanas respecto a los estándares de determinación y revisión judicial de las medidas de sanción (ECI).

II. *Individualización judicial*: análisis de la aplicación de los ECI respecto a casos prácticos por parte de los operadores (los cuales desempeñan diferentes roles, como por ejemplo de defensores, ministerios públicos, jueces y magistrados) del Sistema de Justicia Juvenil en México.

I. DETERMINACIÓN LEGAL

i) Antecedentes: marco legal de la determinación y revisión judicial de las medidas sancionadoras a las personas adolescentes en México

El marco legal de la determinación y revisión judicial de las sanciones penales dirigidas a personas adolescentes en México se ha consolidado tras la armonización constitucional con los documentos internacionales en la materia,⁶ los cuales se han prescrito dentro de la ley vigente: Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJPA), publicada en el año 2016.

Es importante señalar que el punto de partida del sistema fue la reforma de 2005 al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en donde se creó un Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, aplicable a las personas de entre 12 y 17 años de edad que hubieren cometido una conducta tipificada como delito por las leyes penales;⁷ y comienza reconociendo en el adolescente la garantía

⁶ Principalmente a consecuencia de los compromisos internacionales que el Estado mexicano adquirió tras la firma y ratificación (1990) de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

⁷ En este sentido, es importante mencionar que el artículo 10 de la LNSIJPA mandata la aplicación supletoria de las leyes penales (Códigos Penales Federal y Estatales) en materia sustantiva, siempre que sus normas no se opongan a los principios rectores del sistema y sean en beneficio de la persona adolescente.

de los derechos fundamentales y específicos por su condición de persona en desarrollo, e incluye ciertos estándares en materia de determinación y revisión judicial de las medidas aplicadas a las personas adolescentes:

1. Solo se aplicarán medidas de orientación, protección y tratamiento (medidas de sanción para la LNSIJPA) a los adolescentes sujetos al sistema y estas atenderán a principios como la protección integral y al interés superior.

2. Las personas menores de 12 años quedarán exentas de responsabilidad penal y, en caso de cometer un delito, solo estarán sujetas a medidas de asistencia social.

3. Para el procesamiento, determinación, revisión y ejecución de las medidas se crearán instituciones, tribunales y autoridades especializados en procuración, impartición de justicia, así como autoridades administrativas en ejecución, tanto a nivel federal como estatal.

4. La posibilidad de aplicar formas alternativas al juzgamiento siempre que resulte procedente.

5. La garantía del debido proceso legal en todas las etapas del sistema, así como la independencia de las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas.

6. El reconocimiento del principio de proporcionalidad respecto al hecho realizado.

7. Delimita como naturaleza de las medidas el carácter socioeducativo, y como finalidad de las mismas la reinserción y reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades.

8. Mandata el principio de *ultima ratio* de la privación de la libertad, por el tiempo más breve que proceda y aplicable únicamente a las personas mayores de 14 años de edad.

Como consecuencia de la reforma al artículo 73 constitucional, fracción XXI, de 2015, el Congreso de la Unión publicó la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJPA) en 2016, constituyéndose como la ley especializada en la materia, aplicable a nivel federal y estatal. La LNSIJPA tiene como principales aportes, en materia de determinación y revisión judicial de la medida de sanción, los siguientes: describe la tipología de las medidas de sanción y su finalidad específica; homologa las reglas de determinación y criterios de individualización de las mismas, las cuales se aplican respecto a la clasificación de grupos eta-

rios;⁸ describe las reglas respecto al concurso de delitos, prohibición de la reincidencia, concurrencia de medidas de sanción y de sanciones penales; incluye figuras como la obediencia debida, que aplica como un excluyente o atenuante de responsabilidad penal adolescente respecto al grupo etario I, si se comprueba que el delito se realizó por orden de una persona que ejerza dirección, influencia o autoridad sobre él o ella;⁹ considera criterios para la sustitución de las medidas de sanción, modificación y cumplimiento anticipado de las mismas; prevé controversias sobre duración, modificación y extinción de las medidas de sanción y la reiteración del incumplimiento.

La LNSIJPA utiliza reenvíos directos y supletorios a leyes de justicia penal ordinaria como, por ejemplo, los Códigos Penales, el Código Nacional de Procedimientos Penales, la Ley Nacional de Ejecución Penal, la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y la Ley General de Víctimas; cuenta con algunas lagunas de interpretación o integración, las cuales se han resuelto de manera heterogénea en cada uno de los estados de la República, existiendo, con ello, divergencias en su aplicación, lo que hace difícil unificar el análisis propuesto en el presente estudio. La LNSIJPA en su artículo 10 impone ciertos estándares o restricciones en cuanto a su aplicación: solo se aplicarán cuando el precepto 1) no se encuentre contenido en la ley especializada, 2) concuerde con los principios del sistema, y 3) sea en beneficio de la persona adolescente. Si la supletoriedad contenida en el artículo 10 se interpreta en relación con el artículo 12 de la misma y 4º constitucional, que delimitan el interés superior como principio, derecho y regla del procedimiento, las disposiciones en materia de justicia penal ordinaria (para adultos) serían aplicables en muy pocos supuestos dentro del sistema especializado, debido a que el mismo obedece a una lógica distinta que el de adultos.

En el análisis jurisprudencial realizado es importante considerar que en México existen criterios que consideran las disposiciones legales para adultos como el estándar mínimo de interpretación en la determinación y revisión judicial de las medidas de sanción en adolescentes, intensificando los estatutos punitivos en la materia, tal es el caso de la tesis aislada I.4º.P.18P, de título “MEDIDA DE SANCIÓN PRIVATIVA DE LA LIBERTAD PREVIS-

⁸ Art. 5. Grupos de edad. Para la aplicación de la LNSIJPA, se distinguirán los grupos etarios: I. De doce a menos de catorce años; II. De catorce a menos de dieciséis años, y III. De dieciséis a menos de dieciocho años.

⁹ Art. 149 de la LNSIJPA.

TA EN LA LEY NACIONAL DEL SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES. CONFORME AL ARTÍCULO 33 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, AHORA CIUDAD DE MÉXICO, DE APLICACIÓN SUPLETORIA A DICHA LEY, SU DURACIÓN MÍNIMA ES DE TRES MESES”, sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, localizable con el registro digital 2014999.

En este sentido, es importante mencionar que, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el organismo que tiene la facultad de emitir jurisprudencia, la cual es obligatoria y vinculante para los operadores del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (SIJPA). Esta jurisprudencia se divide por épocas y actualmente se aplica de la quinta a la undécima época, la cual inició el primero de mayo de 2021, fecha en que se realizaron reformas al poder judicial de la federación. Es importante considerar que la jurisprudencia en materia de justicia penal para adolescentes inició en el año 2005, derivada de la Acción de Inconstitucionalidad N° 37/2006, que incluyó la interpretación y alcance de la reforma al artículo 18 constitucional. Estos criterios de jurisprudencia corresponden a la novena época, por lo tanto se incluirán dentro del presente informe, debido a que están vigentes los títulos y registros de jurisprudencia especializada en la materia que tienen relación con la determinación y revisión judicial de las medidas de sanción, mientras no se contrapongan a la normatividad vigente, de conformidad con el artículo 6 transitorio de la Ley de Amparo, siendo estos los siguientes:

N° de Registro	Título
2012592	Interés superior de los menores de edad. Necesidad de un escrutinio estricto cuando se afecten sus intereses.
168 416	Sistema Integral de Justicia para Adolescentes. Si, durante la fase de ejecución de la medida de internamiento, el sentenciado alcanza la mayoría de edad, deberá cumplimentarla separado del resto de los internos.
168 780	Sistema Integral de Justicia para Adolescentes. Alcance de la garantía del debido proceso, conforme al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

168 778	Sistema Integral de Justicia para Adolescentes. Alcance del principio de proporcionalidad de las medidas, conforme al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
168 777	Sistema Integral de Justicia para Adolescentes. Alcance del principio de tipicidad, conforme al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
168 776	Sistema Integral de Justicia para Adolescentes. Alcance del principio del interés superior del menor, conforme al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
168767	Sistema Integral de Justicia para Adolescentes. Sus notas esenciales y marco normativo.
168882	Justicia para menores. La ley relativa del estado de San Luis Potosí (Periódico Oficial de la entidad de 5 de septiembre de 2006) cumple con el principio de proporcionalidad contenido en el sexto párrafo del artículo 18 de la Constitución federal (Diario Oficial de la Federación de 12 de diciembre de 2005).
177915	Menores infractores. La resolución que imponga la medida de tratamiento en internación debe fijar su duración de forma determinada e individualizada.
165056	Delitos federales cometidos por adolescentes, menores de 18 y mayores de 12 años. Son competentes los juzgados del fuero común especializados en justicia integral de menores (régimen de transición constitucional).
2020401	Derechos de las niñas, niños y adolescentes. El interés superior del menor se erige como la consideración primordial que debe atenderse en cualquier decisión que les afecte.

Respecto a normas administrativas en materia de ejecución, el artículo 236 de la LNSIJPA establece que el régimen al interior de los Centros de Internamiento Especializados estará regulado por un Reglamento; por lo

cual, cada uno de los centros correspondientes de las entidades federativas¹⁰ deberá contar con normas administrativas internas, tal es el caso del Manual de Procedimientos de la Secretaría de Gobierno de la Ciudad de México, el cual, dentro de su apartado correspondiente a la Subsecretaría del Sistema Penitenciario, contiene un rubro específico respecto a la atención especializada a adolescentes. En el mismo sentido, la autoridad administrativa en materia de ejecución de medidas sancionadoras para adolescentes cuenta con manuales o reglamentos internos respecto al seguimiento de las medidas de sanción no privativas de la libertad. Aunque es importante resaltar que, de acuerdo con el artículo 21 constitucional, solo será competencia del Poder Judicial la modificación y revisión de las medidas de sanción.

El marco normativo de referencia incluye principios, derechos y garantías para la persona adolescente en materia de determinación y revisión judicial de la medida sancionadora, y será el que nos servirá de base de comparación, en el presente informe, respecto al estudio de brechas con los *Estándares Comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales de adolescentes*.¹¹

ii) Compatibilidad general o relevancias entre la determinación y revisión judicial de medidas sancionadoras de adolescentes en México y los principios generales y definiciones propuestos por los ECI (Estándares 1 e), 3 c), 5 d), y 6)

De acuerdo con el análisis del marco legal y jurisprudencial respecto a la determinación y revisión de las medidas sancionadoras de nuestro país, respecto a los principios generales propuestos por los ECI, se encontraron algunas coincidencias relevantes. Respecto al Estándar 1, inciso e), los tribunales deben cumplir con exigencias cualificadas de fundamentación de la sentencia fijadas por la ley y un sistema de recursos procesales para controlar dichas exigencias.

¹⁰ La Federación no cuenta con Centros de Internamiento Especializados, debido a que, según el artículo 61, fracción III, de la LNSIIPA, cuando un hecho sea de naturaleza federal, se aplicará la competencia concurrente/auxiliar respecto a los órganos del fuero común.

¹¹ En: <http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/11/Esta%CC%81ndares-comunes-para-Iberoame%CC%81rica-determinacio%CC%81n-sanciones-adolescentes-CIDENI.pdf>. Consultado en junio, 2020.

Bajo este razonamiento, las exigencias cualificadas se encuentran contenidas en los artículos 145 y 148 de la LNSIJPA, que establecen, como reglas para la determinación, las siguientes:

Grupo	Reglas
<p style="text-align: center;">Grupo I (12 y 13 años)</p>	<p>a. No se le podrán imponer medidas sancionadoras privativas de la libertad.</p> <p>b. La duración máxima de las medidas no privativas de la libertad es de un año.</p> <p>c. Solo se le impondrá, en total, una medida de sanción.</p>
<p style="text-align: center;">Grupo II (14 y 15 años)</p>	<p>a. Se le podrá imponer la medida privativa de la libertad por un tiempo máximo de tres años.</p> <p>b. Su límite máximo de medidas sancionadoras es de dos, que pueden ser privativas o no privativas de la libertad, siempre y cuando sean compatibles entre ellas. (i)</p>
<p style="text-align: center;">Grupo III (16 y 17 años)</p>	<p>a. El tiempo máximo de las medidas sancionadoras será de cinco años.</p> <p>b. Se le impondrán un total de dos medidas de sanción privativas y no privativas de la libertad, siempre y cuando sean compatibles. (ii)</p>

*La medida no podrá exceder el límite máximo de acuerdo con el grupo etario al que la persona adolescente pertenecía al momento de la comisión del hecho que la ley señale como delito.

(i) Sin considerar la amonestación y el pago de la reparación del daño.

(ii) *Idem.*

En cuanto a los criterios para la imposición e individualización de la medida de sanción, encontramos: los fines establecidos en la ley; la edad de la persona adolescente y sus circunstancias personales, familiares, económicas y sociales, así como su situación de vulnerabilidad –siempre a

su favor-; la comprobación de la conducta y grado de participación de la persona adolescente; las características del caso concreto, las circunstancias y la gravedad del hecho; las circunstancias en que el hecho se hubiese cometido, tomando especialmente en cuenta aquellas que atenúen o agraven la responsabilidad; la posibilidad de que la medida de sanción impuesta sea posible de ser cumplida por la persona adolescente; el daño causado por la persona adolescente y sus esfuerzos por repararlo, y cualquier otro supuesto que establezca la legislación penal, siempre que no sea contrario a los principios y fines de esta ley. El mismo artículo considera la situación de sustituir la medida de sanción de internamiento en caso de tratarse de una adolescente gestante, madre, única cuidadora o cuidadora principal de su hija o hijo, o cuando se trate de una adolescente madre de una niña o niño con discapacidad.

Con base en lo anterior, en ningún caso se juzgará a un adolescente con criterios del sistema de justicia para adultos, siendo la ley mexicana coincidente con el estándar de referencia. Si, además, se considera el artículo 12 de la LNSIIPA (el interés superior) como fundamento en todas las decisiones judiciales, se incluirá la individualización y revisión de la medida. Respecto a los criterios para la sustitución de la medida de sanción (revisión judicial), el artículo 217 lo incluye expresamente como criterio, además de las condiciones en las que se ha venido cumpliendo la medida y los retos y obstáculos que ha enfrentado la persona adolescente en el cumplimiento de la misma.

En lo referente a los recursos, el artículo 168 de la LNSIIPA le otorga al adolescente el derecho a recurrir en caso de haber resultado afectado por la resolución. En el título VIII se incluye el recurso de apelación¹² en contra de las sentencias definitivas dictadas por el tribunal de enjuiciamiento y también en contra de las resoluciones del juez de ejecución¹³ respecto a la revisión de las medidas de sanción. Este recurso es conocido ante un magistrado especializado en adolescentes, lo que garantiza la aplicación del enfoque particular.

A su vez, existe la posibilidad de aplicar en tercera instancia el juicio de amparo, que corresponde al juicio de amparo, para lo cual se aplicará la Ley de Amparo bajo un procedimiento alejado del especializado y ante

¹² Arts. 467 y 468 del CNPP.

¹³ Art. 243 de la LNSIIPA.

una autoridad jurisdiccional federal no especializada, ya que, de acuerdo con el artículo 61, fracción III, de la LNSIJPA, cuando el hecho sea del orden federal y exista competencia concurrente/auxiliar, deberán conocer de él los órganos del fuero común. Con base en este artículo, a la fecha, el Poder Judicial de la Federación no ha designado jueces de distrito, magistrados, juzgados ni tribunales especializados en la materia, lo cual se podría considerar como una brecha respecto al estándar analizado, debido a que la justicia federal no cumple con las exigencias calificadas.

Respecto al estándar 3 c), sobre la naturaleza de las sanciones penales de adolescentes, delimita la consideración de una distinción clara entre justicia juvenil y sistema de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes. El Sistema de Protección de Derechos, de acuerdo con el artículo 4º Constitucional, prevé postulados de protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia en nuestro país, reconociendo el interés superior de la niñez¹⁴ en concordancia con la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y delimita la protección integral de sus derechos, como fundamento que el Sistema de Justicia deberá respetar, proteger y garantizar,¹⁵ pues los mismos son indivisibles, guardan interdependencia unos con otros y solo podrán considerarse garantizados en razón de su integralidad.¹⁶ Expresamente, el artículo 126 hace una clara distinción entre la intervención del sistema de protección y el de justicia, procediendo el primero solo en los supuestos de las personas detenidas menores de doce años de edad, siendo facultad de la Procuraduría de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes competente aplicar, en su caso, el procedimiento de protección y restitución de derechos establecido en el artículo 123 de la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. No obstante, y en conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado mexicano se encuentra obligado a otorgar medidas especiales de protección al adolescente que se encuentra dentro del sistema de justicia, y estas incluyen el cuidado de acuerdo con la situación específica en la que se encuentren las y los NNA.¹⁷

¹⁴ Art. 12. Interés superior de la niñez. LNSIJPA.

¹⁵ Art. 13. Protección integral de derechos humanos. LNSIJPA.

¹⁶ Art. 14. Integralidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos de las personas adolescentes. LNSIJPA.

¹⁷ Tesis: I.9o.P. J/17 (10a.) MEDIDA DE TRATAMIENTO EN INTERNACIÓN PARA ADOLESCENTES INFRACTORES. SI PARA SU ADECUADA APLICACIÓN EL JUEZ TOMA EN CONSIDERACIÓN EL

En cuanto a los fines de la medida de sanción contenidos en el estándar número 5, concretamente el inciso d), el cual delimita que los mismos no pueden ser incompatibles con estándares internacionales, no deberá proceder una mera inocuización o incapacitación del adolescente autor del delito privándolo de la libertad, debido a que es contrario a la protección de su desarrollo e integración social. Este criterio se armoniza en la legislación estatal, al asumirse que la interpretación de disposiciones contenidas en la LNSIJPA deberá hacerse de conformidad con la Constitución, los principios rectores del sistema, la ley general y los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas adolescentes su protección más amplia.¹⁸ El artículo 153 es coincidente con el estándar, al establecer la reinserción social y reintegración familiar como fines de las medidas de sanción, considerando en su ejecución los ámbitos individual, familiar, escolar, laboral y comunitario en los que se desarrolla el adolescente y que todas las medidas de sanción deberán estar limitadas en su duración a lo establecido en la sentencia, sin superar los máximos establecidos en el artículo 145 de la LNSIJPA.

En el mismo sentido, considera la naturaleza socioeducativa de la medida de sanción, y el artículo 18 constitucional delimita los fundamentos para la imposición de medidas de sanción bajo el principio de excepcionalidad o *ultima ratio* de la medida privativa de la libertad, la cual solo podrá ser aplicada a mayores de 14 años de edad, por el tiempo más breve que proceda, impidiendo así la inocuización de la persona adolescente.

Finalmente, el numeral 6, respecto a la especialidad en la determinación de sanciones en adolescentes, referente a que las mismas deben imponerse respecto a normas y procedimientos propios y distintos a los del derecho penal común, sin dejar de considerar la proporcionalidad de la medida y el principio de culpabilidad como medida de la pena, así como las garantías de protección adicionales, en México se cuenta con una distinción legal entre el sistema de justicia para adolescentes y el de adultos, concretamente respecto a las reglas y criterios de determinación y revisión de las medidas de sanción. Como se explicó en líneas anteriores, contamos con un procedimiento de individualización fundamentado en reglas y criterios

DIAGNÓSTICO TÉCNICO QUE LES FUE PRACTICADO, ELLO NO TRANSGREDE SU DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA, NI EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Sustentada por el Tribunal Colegiados de Circuito, localizable en el registro digital 2009495.

¹⁸ Art. 9 Interpretación. LNSIJPA.

distintos respecto a la justicia penal ordinaria. En cuanto al principio de proporcionalidad contenido en el artículo 27, este se considera como un principio aplicable en la individualización de las medidas cautelares y de sanción, considerando tanto la afectación causada por la conducta como las circunstancias personales del adolescente, siempre en su beneficio, como variables de la individualización. Por su parte, el principio de culpabilidad se encuentra contenido bajo el concepto de responsabilidad adolescente,¹⁹ al considerar que la misma se fundamentará sobre la base del principio de culpabilidad sobre el acto y no se admitirán en su perjuicio consideraciones acerca de la personalidad, vulnerabilidad biológica, temibilidad, peligrosidad y ninguna otra que se funde en circunstancias personales del adolescente imputado. Así, la ley es muy clara al considerar que las circunstancias del adolescente, como variables para la individualización de las medidas cautelares y de sanción, nunca se podrán considerar en su perjuicio, solo en su beneficio.

Después de lo anteriormente descrito, es importante mencionar que el contenido del artículo 10 de la ley, respecto a la supletoriedad de algunas leyes de carácter penal ordinario –por ejemplo, los Códigos Penales y el Nacional de Procedimientos Penales–, hace concluir a algunos juzgadores (principalmente los que no se encuentran debidamente formados y capacitados en la materia) que la justicia para adolescentes debe seguir los mismos estándares, considerándose un retroceso en el sistema. Estos argumentos se han evidenciado, incluso, en resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la cual, en sentencias como la Acción de Inconstitucionalidad 60/2006, que promovió la Comisión Nacional de Derechos Humanos en contra de los artículos correspondientes al resguardo domiciliario,²⁰ declaró, en pleno, la validez de dichos preceptos, pasando inadvertido que los mismos se traducen en una restricción a la libertad personal del adolescente igual o mayor que la del internamiento preventivo aplicado a los adultos, fundamentándose en artículos legales que prevén el sistema penal ordinario.²¹

¹⁹ Art. 20 de la LNSIJPA.

²⁰ Artículos 119 fracción XI y 122 de la LNSIJPA.

²¹ Acción de Inconstitucionalidad N° 60/2016, resuelta por el pleno de la SCJN en fecha 9 de mayo de 2017, En: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Acciones/Acc_Inc_2016_60_Demanda.pdf. Consultada en junio, 2020.

iii) Grado de consistencia o existencia de brechas en relación con la proporcionalidad entre medida sancionadora y delito contenida en los ECI

(Estándares 10 (a-b), 11 (a-c), 12 (b-c) y 13)

Los *Estándares Comunes* proponen, en el número 10, incisos a) y b), que, al individualizar una medida de sanción, se deberá prestar mayor atención a la culpabilidad individual del adolescente y al desvalor de la conducta antes que la gravedad objetiva y la magnitud del daño ocasionado (resultado), así como consideraciones de seguridad pública y fines simbólicos.

Sobre este estándar, la legislación y práctica mexicanas demuestran algunas brechas. Dentro de los siete criterios establecidos para la individualización de las medidas, el artículo 148 pone especial énfasis en la conducta y el grado de participación, además de las características, circunstancias y gravedad del caso concreto, y el daño causado, tanto para atenuar como para agravar su responsabilidad.

El artículo 18 constitucional, que delimita los fundamentos del sistema, considera que a las personas adolescentes sujetas a este debe de considerárseles derechos específicos al ser personas en desarrollo; en este sentido, la ley reglamentaria del artículo 18 establece que se podrá aplicar un sustitutivo de la medida de sanción de internamiento en el caso de adolescente gestante, madre, única cuidadora o cuidadora principal de su hija o hijo, o cuando tengan alguna discapacidad. Asimismo, el artículo 149 delimita una atenuante/eximente de responsabilidad, al considerar la obediencia debida (dependiendo del conocimiento de la ilicitud de los hechos y solo respecto al grupo etario I, que corresponde a los 12/13 años de edad), que consiste en la comprobación de que el delito se cometió por orden de una persona que ejerza autoridad, dirección o influencia sobre el o la adolescente. Otra atenuante en razón de la edad se encuentra contenida en las reglas de determinación respecto a los grupos etarios, siendo la consecuencia más reducida en razón de la edad, por lo cual se considera el desarrollo evolutivo del adolescente para la individualización de las medidas. Con referencia al grupo etario I (12/13 años), si bien no se exige la responsabilidad penal diferenciada del adolescente, su consecuencia no puede ser el internamiento.

Respecto a no hacer énfasis en consideraciones relacionadas a la seguridad pública o fines simbólicos del derecho penal, la LNSIIPA, expresamente, considera que las políticas públicas de prevención social de la violencia y delincuencia para personas adolescentes no podrán sustentarse de manera

exclusiva en acciones de seguridad pública.²² De ahí que todos los elementos de las instituciones de seguridad pública deberán recibir capacitación para la protección de los derechos humanos de ellas y ellos.²³ En este supuesto, se encuentra una brecha respecto a la delimitación de la duración máxima de internamiento en el grupo etario III (16/17 años), que será hasta de cinco años en el caso de la comisión de delitos concretos (en donde se pone atención a la gravedad objetiva), entre ellos, el de delincuencia organizada, contrariando el artículo 10 de la misma ley, que establece que solo serán aplicables las normas en materia de delincuencia organizada en beneficio de la persona adolescente.

Las consideraciones especiales para determinar la severidad de las medidas de sanción en adolescentes, en lo relativo a la gravedad del delito, están contenidas en el estándar número 11, el cual, dentro de su inciso a), establece la relación con la categoría de los adolescentes. La ley nacional es consistente con el estándar analizado, debido a que contiene reglas y criterios de determinación de la medida sancionadora propios y de menor proporción con respecto a los de la justicia penal ordinaria. El estándar también se ve reflejado en los datos estadísticos generados en el año 2017, a través de la Encuesta Nacional de Adolescentes en el Sistema de Justicia Penal²⁴ del INEGI,²⁵ que establece que, en ese año, el 65% de los adolescentes dentro del sistema se encontraba cumpliendo una medida de sanción no privativa de la libertad; es decir, en externación. Considerando las especiales necesidades de algunas personas adolescentes (estándar 11 c), a consecuencia de la existencia de circunstancias objetivas que hacen más severa una determinada medida que para otras –por ejemplo, alguna discapacidad, enfermedad crónica, embarazo, maternidad, ausencia de redes familiares o comunitarias, inmigración ilegal, pertenencia a alguna etnia, género, orientación o diversidad sexual–, el artículo 16 de la ley es coincidente con el estándar, al delimitar como un principio del sistema la no discriminación e igualdad sustantiva, y prohibir cualquier tipo de discriminación derivada de su origen étnico o nacional, por razones de género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, identidad de género, estado civil o cualquier otra, ya sea

²² Artículo 254 de la LNSIJPA.

²³ Artículo 74 de la LNSIJPA.

²⁴ En: <https://www.inegi.org.mx/programas/enasjup/2017/>. Consultado en junio, 2020.

²⁵ Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática.

de la persona adolescente o de quienes ejercen sobre ella la patria potestad o tutela, que atenten contra su dignidad humana. Este principio implica que las autoridades del sistema tomen en cuenta las características, condiciones específicas y necesidades especiales de las personas adolescentes, así como el acceso al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales.

El estándar número 12 incluye la relación entre la gravedad del delito y la severidad de la medida de sanción; en su inciso b), dispone la renuncia a las reglas de proporcionalidad positiva absoluta respecto a las medidas privativas de la libertad –Ley Nacional del Sistema Especializado– y no ordena de manera absoluta la imposición de una sanción privativa de la libertad atendiendo al tipo penal. Sin embargo, el contenido del artículo 164 delimita una lista potestativa de diez delitos²⁶ que pueden merecer medida sancionadora privativa de la libertad. En este sentido, el último párrafo del artículo 145 delimita la duración máxima del internamiento (ya sea tres o cinco años, dependiendo del grupo etario al que corresponda) en casos de homicidio calificado, violación tumultuaria, secuestro, trata de personas y delincuencia organizada, encontrándose con ello una brecha respecto al estándar analizado.

Por el contrario, el inciso c) propone la imposición de reglas de proporcionalidad ordinal negativa respecto a las medidas sancionadoras privativas de la libertad, por lo cual la ley debería señalar un límite mínimo de gravedad o un listado de delitos que admiten (pero no exigen) la privación de la libertad. En la ley mexicana, son los artículos 145 y 164 de la LNSIIPA

²⁶ De los delitos previstos en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de los delitos previstos en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos; terrorismo, en términos del Código Penal Federal; extorsión agravada, cuando se comete por asociación delictuosa; contra la salud, previsto en los artículos 194, fracciones I y II, 195, 196 ter, 197, primer párrafo del Código Penal Federal y los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 ter y en los artículos 475 y 476 de la Ley General de Salud; posesión, portación, fabricación, importación y acopio de armas de fuego prohibidas y/o de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea; homicidio doloso, en todas sus modalidades, incluyendo el feminicidio; violación sexual; lesiones dolosas que pongan en peligro la vida o dejen incapacidad permanente, y robo cometido con violencia física.

los que establecen límites para la individualización de medidas sancionadoras de internamiento, en el primer caso, respecto a los grupos etarios y, en el segundo, con referencia a una lista exclusiva de delitos que pueden merecer el internamiento, aunque, en la práctica judicial, esta lista –como se dijo con anterioridad– sea aplicada de manera absoluta, por lo que se puede concluir que el contenido legislativo se adapta al estándar, pero la práctica judicial en algunos estados se aleja del mismo.

Con relación al estándar número 13, respecto a los criterios de imposición del internamiento preventivo y su impacto en la práctica sancionadora, el artículo 27 delimita la racionalidad y proporcionalidad de las medidas cautelares y de sanción conforme a la afectación causada por la conducta, tomando en cuenta las circunstancias personales del adolescente en su beneficio, y el artículo 122 delimita las reglas para su imposición, que podrá aplicarse a los mayores de 14 años, de manera excepcional y solo por los delitos que ameriten una medida de internamiento y cuando se compruebe que existe una necesidad de cautela. Su plazo máximo es de cinco meses y no podrá combinarse con otras medidas cautelares. Como se analiza, el contenido legal se armoniza de manera general con el estándar de referencia, debido a que sus exigencias no son menores que las establecidas para la imposición de la medida de sanción de internamiento, además de delimitar una lista extensa de medidas cautelares no privativas de la libertad; el único aspecto en el cual no se armoniza es al considerar la afectación causada por la conducta, prestando con ello mayor atención al resultado (magnitud del daño ocasionado).

iv) Grado de consistencia o existencia de brechas en relación con la proporcionalidad entre sanción y las circunstancias del adolescente (Estándar 16)

El estándar se refiere, en concreto, a los antecedentes penales previos del adolescente, los cuales no deben de ser considerados en la determinación de la medida, debido a que los delitos cometidos anteriormente no tienen por qué guardar relación con el delito actual; en este sentido, los registros en que consten las condenas penales de los adolescentes deben ser estrictamente confidenciales. En relación con lo prescrito, la LNSIIPA considera que los antecedentes y registros relacionados con ellas y ellos, sometidos a proceso o sancionados conforme a la ley, en ningún caso podrán ser utilizados en contra de la misma persona, en otro juicio derivado

de hechos diferentes.²⁷ Respecto a la reincidencia, el artículo 156 establece que, para la determinación de la medida de sanción a adolescentes, nunca se les aplicarán las disposiciones relativas a la reincidencia ni podrán ser considerados delincuentes habituales. Por su parte, el artículo 37 antes referido dispone la salvaguarda de la información, principalmente de los datos personales. Por lo tanto, sí existe una coincidencia con el estándar analizado.

v) Grado de consistencia o existencia de brechas específicamente en relación con la imposición judicial de las medidas de sanción [Estándares 18 (a-d), 19 (a-b) 20].

El estándar 18 a) prohíbe la imposición de una medida sancionadora privativa de la libertad por un delito que, de haberse perpetrado por un adulto, no sería sancionado con una pena de esa naturaleza (discriminación negativa del adolescente respecto a los adultos). Con relación a este estándar, y de acuerdo con lo argumentado anteriormente, en México, además de lo prescrito en el art. 31 de la LNSIJPA, que delimita que la medida sancionadora privativa de la libertad es medida extrema y excepcional que se podrá imponer a adolescentes mayores de 14 años por el tiempo más breve que proceda, se establece una lista de delitos en la misma ley, donde se valida la aplicación de una sanción privativa de la libertad para las y los adolescentes a quienes se atribuya una conducta tipificada como delito, especificando: secuestro, trata de personas, terrorismo, extorsión agravada, delitos contra la salud, posesión, portación, fabricación, importación de armas de fuego prohibidas, homicidio doloso en todas sus modalidades, violación sexual, lesiones dolosas que pongan en peligro la vida o dejan en incapacidad permanente, robo cometido con violencia física,²⁸ siendo el tiempo máximo de cinco años de internamiento solo para adolescentes del grupo etario III (16 y 17 años). Si comparamos esta disposición con el artículo 19 de la Constitución, que delimita una serie de delitos que merecen prisión preventiva oficiosa respecto a adultos, podemos concluir que, en dicho caso, la lista²⁹ es evidentemente más extensa, pero no incluye algunos

²⁷ Art. 37 de la LNSIJPA.

²⁸ Art. 164. Internamiento. LNSIJPA.

²⁹ Los delitos considerados en el artículo 19 respecto a la prisión preventiva oficiosa son: abuso o violencia sexual contra menores; delincuencia organizada; homicidio doloso; feminicidio; violación; secuestro; trata de personas; robo a casa habitación; uso de programas sociales

delitos que sí están incluidos en la lista del artículo 164 de la LNSIJPA, como son extorsión agravada, violación sexual (en adultos solo incluye la cometida en contra de menores de edad), lesiones dolosas que ponen en peligro la vida o dejan incapacidad permanente y robo con violencia física. Con base en este análisis, podemos concluir que el ordenamiento legal mexicano no es coincidente con el estándar analizado, al utilizar una discriminación negativa del adolescente respecto a ciertos delitos que no implican prisión preventiva para un adulto. Otro aspecto a considerar en la práctica judicial³⁰ se encuentra en el análisis de la necesidad de cautela por parte del juez especializado, el cual, en reiteradas ocasiones, considera apreciaciones subjetivas respecto al adolescente que no tendría en cuenta respecto a un adulto; por ejemplo, la comprobación de redes o vínculos familiares, el control y vigilancia de los padres o tutores respecto del menor de edad y algunas circunstancias personales del adolescente y su familia. Es importante anotar que en este tipo de criterios sí existe una brecha respecto a este estándar.

En cuanto a la idoneidad y necesidad de la medida privativa de la libertad contenida en el inciso b), el cual delimita que no se puede recurrir a una medida sancionadora privativa de la libertad si esta no constituye un medio idóneo para cumplir con los fines planteados por la ley o no existen otros medios idóneos menos lesivos que sirvan para el cumplimiento de los fines indicados, la reforma legal de 2016 es coincidente respecto a la idoneidad y excepcionalidad de la medida de internamiento. Los argumentos legales están contenidos en el artículo 18 constitucional; 31, 46 –fracción XVIII–, 120, 122 (respecto a la medida cautelar de internamiento preventivo), 145, 150 y 164 de la LNSIJPA.

En lo referente a los incisos c) y d), México cuenta con reglas de proporcionalidad negativa respecto a la individualización de medidas de sanción,

con fines electorales; corrupción tratándose de delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones; robo a transporte de carga en cualquiera de sus modalidades; delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos; delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares; delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos; delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea; delitos graves en contra de la seguridad de la nación, libre desarrollo de la personalidad y la salud.

³⁰ Tal y como se observa en el instrumento de evaluación de riesgo anexo al presente estudio. En: <https://www.youtube.com/watch?v=INhpqEGqZfk>. Consultado en junio, 2020.

ya que contiene una lista de delitos (art. 164 LNSIJPA) que facultan a la autoridad jurisdiccional a imponer la sanción privativa de la libertad de manera relativa y no absoluta. El estándar establece que las mismas no se individualizarán de manera automática solo por el delito *per se*, sino que se deberá considerar la conducta y culpabilidad del adolescente.

La extensión de la medida de sanción privativa de la libertad debe responder a las circunstancias del caso concreto respecto al desvalor de la conducta y culpabilidad del adolescente, prohibiendo la discriminación negativa y delimitando el deber de un trato privilegiado respecto a los adultos (incisos a y b), por lo que se considerará en todo momento la menor gravedad del injusto y la mayor intensidad en que las medidas afectan sus necesidades e intereses. Al respecto, el artículo 16 de la LNSIJPA incluye esta consideración, al delimitar que las autoridades del sistema mexicano velarán por que todas las personas adolescentes sean atendidas teniendo en cuenta sus características, condiciones específicas y necesidades especiales, y en ningún caso se podrán imponer medidas más graves ni de mayor duración a las que corresponderían por el mismo hecho a un adulto. Tampoco podrán gozar de menos derechos, prerrogativas o beneficios, ni establecerse restricciones en los procesos de solución de conflictos que perjudiquen en mayor medida a un adolescente, coincidiendo con el estándar propuesto.³¹ Cuando se acredite plenamente que la persona adolescente no puede cumplir con alguna de las obligaciones anteriores, por ser contrarias a su salud o por alguna otra causa de especial relevancia, el juez podrá sustituirlas, fundada y motivadamente, por otra u otras análogas que resulten razonables.³²

Los criterios de selección entre sanciones no privativas de libertad están contenidos en el estándar número 20, que establece que también se debe guardar proporción entre la medida de sanción y la proporcionalidad del delito, evitando intervenciones muy intensas en la vida de la persona adolescente (para lo cual solo se deben aplicar programas basados en la evidencia empírica), siempre considerando la idoneidad para favorecer su integración social. La ley especializada, en su artículo 155, fracción I, establece una lista de diez medidas sancionadoras no privativas de la libertad,³³ y, posteriormente (capítulo II del Título VII), explica la forma de

³¹ Artículo 17 de la LNSIJPA.

³² Artículo 102 de la LNSIJPA.

³³ Amonestación; apercibimiento; prestación de servicios a favor de la comunidad; sesiones de asesoramiento colectivo y actividades análogas; supervisión familiar; prohibición

ejecución de cada una de ellas, estableciendo ciertas garantías, como por ejemplo, que solo se podrán individualizar medidas que no atenten contra su salud, integridad física o psicológica respecto a la determinación del lugar donde se prestará el servicio, se tomará en cuenta el bien jurídico afectado por el hecho realizado y el lugar donde resida la persona adolescente, además de sus aptitudes, edad y nivel de desarrollo. Impone límites mínimos y máximos para su ejecución,³⁴ y en ningún caso podrá exceder la jornada laboral diaria ni perjudicar su asistencia a la escuela, trabajo ni otros deberes del adolescente. En cuanto a la naturaleza de los programas, estos solo tendrán como fin su formación integral; es decir, se considerará el inicio, seguimiento o conclusión de su educación básica y/o técnica, además de programas culturales, recreativos y deportivos. En cuanto a los criterios de individualización, se siguen los mismos establecidos para las medidas privativas contenidos en el artículo 148 de la ley,³⁵ por lo cual la legislación mexicana es coincidente con los ECI.

vi. Grado de consistencia o existencia de brechas específicamente en relación con la revisión judicial de la sanción durante su ejecución [Estándares 21, 22 en relación con el 17, 23, 24 (a-b), 25 (a-b) y 26].

El estándar propuesto incluye aspectos relacionados con la revisión de las medidas y sus condiciones de ejecución en este periodo. El número 21 obliga a la autoridad competente a imponer un plan individual aprobado por la autoridad jurisdiccional con objetivos, contenido, etapas y plazos de implementación, así como la delimitación de la autoridad responsable de ejecutarlo; dicho plan deberá ser actualizado periódicamente, de oficio

de asistir a determinados lugares, conducir vehículos y de utilizar instrumentos, objetos o productos que se hayan utilizado en el hecho delictivo; no poseer armas; abstenerse a viajar al extranjero; integrarse a programas especializados en teoría de género, en casos de hechos tipificados como delitos sexuales; libertad asistida.

³⁴ Ninguna de ellas excede de dos años.

³⁵ Los fines establecidos en esta ley, la edad de la persona adolescente y sus circunstancias personales, familiares, económicas y sociales, así como su vulnerabilidad, siempre a su favor; la comprobación de la conducta y el grado de la participación de la persona adolescente; características del caso concreto, las circunstancias y la gravedad del hecho; circunstancias en que el hecho se hubiese cometido, tomando especialmente en cuenta aquellas que atenúen o agraven la responsabilidad y la posibilidad de que la medida de sanción impuesta sea posible de ser cumplida por la persona adolescente; el daño causado por la persona adolescente y sus esfuerzos por repararlo.

o a petición del adolescente. En relación con la LNSIJPA, en México esta incluye la elaboración tanto de un Plan Individualizado para adolescentes en prisión preventiva, denominado Plan de Actividades, como de uno para adolescentes sentenciados a medida privativa de la libertad, denominado Plan de Ejecución;³⁶ solo en el segundo de los casos debe ser aprobado por el juez de ejecución. Según el artículo 48, para su elaboración y revisión deberá ser escuchada la persona adolescente, y cada tres meses deberá ser revisado por la autoridad administrativa y esta informará ante el juez de ejecución. En términos generales, el contenido del ordenamiento legal se adapta al estándar analizado. Solo se podría alejar cuando, al distinguir entre modificación trascendental y no trascendental, impone que no es necesaria la audiencia ante el juez de ejecución en esta última, sin especificar nada sobre la aprobación jurisdiccional de dicha modificación y sobre quién es la autoridad encargada de delimitar la trascendencia de la misma; tampoco se le da competencia al juez de ejecución especializado para conocer sobre el contenido del Plan de Actividades impuesto a adolescentes sujetos a medida cautelar de internamiento preventivo. Otro aspecto que se aleja del contenido del estándar, respecto a la revisión del Plan Individualizado de Ejecución,³⁷ es lo que respecta al contenido del artículo 189, que da competencia a una autoridad administrativa sobre la revisión periódica y las modificaciones al mismo, siempre que los cambios no rebasen los límites de la sentencia ni modifiquen la medida, contrariando al artículo 21 constitucional, el cual le da competencia exclusiva a la autoridad jurisdiccional para conocer sobre la modificación de las penas (en este caso, medidas de sanción), no solo en términos cuantitativos, sino también cualitativos.

Es importante considerar el impacto en el desarrollo e integración social del adolescente durante la ejecución de las medidas de sanción y la posibilidad de sustituir o terminar anticipadamente las mismas (estándar número 22), para lo cual se deberán desarrollar criterios que especifiquen dicho impacto. De acuerdo con el estándar 17, deberán considerarse para fundamentar las decisiones judiciales o administrativas de sustitución temprana o término anticipado de la medida. En este supuesto, el artículo 187 de la LNSIJPA plantea una serie de elementos a considerar en el Plan de

³⁶ Artículo 3º fracciones XX y XXI de la LNSIJPA.

³⁷ Y no del de actividades, del cual la ley no prevé ni revisión ni aprobación por parte de la autoridad judicial.

Ejecución; por ejemplo, que se sujete a los fines de las medidas impuestas por el juez; se consideren las características particulares de la persona adolescente y las posibilidades para cumplirlo; darle continuidad a los estudios de la persona adolescente de acuerdo con el nivel de escolaridad al que pertenece, y orientarse en los parámetros de educación para la paz, la solución pacífica de conflictos y el aprendizaje de los derechos humanos.³⁸ En cuanto a la posibilidad de sustituir o terminar anticipadamente la medida, el contenido del artículo 229 otorga la posibilidad de sustituir medidas de la misma naturaleza (privativas y no privativas de la libertad), aunque el contenido de los artículos 215 y 216 dispone la posibilidad de sustituir la medida privativa por estancia domiciliaria y servicios a favor de la comunidad. Dentro de los criterios para la sustitución se encuentran³⁹ el interés superior de la niñez, las condiciones en las que ha venido cumpliendo la medida y los obstáculos enfrentados por el adolescente en la ejecución de la misma, coincidiendo con los estándares analizados.

El estándar 23 incluye la consideración sobre la proporcionalidad entre el delito y la severidad de la sanción efectivamente ejecutada, como una consideración secundaria. Este estándar se refiere a que la ley y/o la jurisprudencia nacional deberían delimitar mínimos y máximos que hagan que la duración efectiva de la medida de sanción permita que se cumpla la finalidad establecida (impacto positivo en el desarrollo e integración social del adolescente). Así, podemos concluir que ni la ley ni la jurisprudencia mexicana cuentan con términos mínimos o máximos de cumplimiento efectivo de la medida a fin de poder modificarla, por lo que no se adaptan al estándar propuesto.

El estándar número 24, sobre la continuidad o modificación de la sanción no privativa de la libertad en caso de reiteración delictiva posterior al inicio de la ejecución no privativa de la libertad (inciso a), establece que, aunque un adolescente cometa un nuevo delito mientras ejecuta una medida de esta naturaleza, esta solo se deberá modificar si hay indicios de que el plan individualizado ha fracasado en sus objetivos. Por lo tanto, si el nuevo delito no merece medida privativa de la libertad, se propone no duplicar intervenciones, imponiendo una única sanción y adaptando el plan individualizado. Si el nuevo delito implica un fracaso en el plan indi-

³⁸ Art. 187. Plan Individualizado de Ejecución. LNSIJPA.

³⁹ Art. 217 de la LNSIJPA.

vidualizado, sí se justifica una modificación de la medida de sanción y del plan de cumplimiento. Respecto a la identificación de un hecho realizado con posterioridad al inicio del cumplimiento de la medida de sanción, que no había sido considerado al momento de determinarla (inciso b), deberá prevalecer la sanción original, a menos que, por su gravedad, el delito exija una sanción privativa de la libertad; ni la LNSIIPA ni la jurisprudencia contemplan el tema específico.

En caso de incumplimiento por sustracción de forma completa y permanente respecto a la medida no privativa de la libertad que tiene como finalidad la integración social, el estándar propone que, antes de imponerle una medida más severa, debe valorarse si el incumplimiento se debe a circunstancias que se encuentran fuera de su control. En caso contrario, sí procede imponer una consecuencia más severa (estándar 25 inciso a). En el supuesto de medidas que no tienen objetivos asociados a promover la integración social (inciso b), su incumplimiento completo y permanente solo podrá ser sancionado con una medida más severa y proporcionada si se valora que no implica riesgos en el desarrollo del adolescente. En este sentido, la ley coincide con el estándar propuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 227, el cual dispone la revisión anual de la medida propuesta, a fin de sustituirla por una menos severa, evaluando, con base en el interés superior del adolescente, las condiciones, retos y obstáculos que ha enfrentado la persona adolescente en la ejecución. En el caso específico de incumplimiento, el artículo 166 determina que no podrá atribuirse a una persona el incumplimiento de las medidas cuando sea el Estado quien haya incumplido en la creación y organización de los programas de seguimiento, supervisión y atención integral de las personas adolescentes condenadas.

Sobre la perpetración de un delito como mayor de edad durante la ejecución de una medida de sanción impuesta siendo adolescente (número 26), el estándar refiere que se le deberá dar continuidad a la ejecución de la medida de sanción de adolescentes, siendo contrario el contenido de la ley mexicana, al establecer, en su artículo 184, que, al concurrir en una misma persona penas y medidas de sanción, se declarará extinta la medida de sanción para dar cumplimiento a la pena.

vi) Grado de consistencia o existencia de brechas específicamente en relación con la obtención y uso de información sobre las circunstancias del adolescente. (Estándares 27, 28, 29 y 30 a, b y c)

La justicia juvenil debe de contar con sistemas de generación de información de alto estándar profesional, sobre circunstancias del adolescente que

sean pertinentes de acuerdo con los criterios de determinación contenidos en la ley, según el número 27 de los ECI. Dicho estándar supone que los instrumentos de diagnóstico estandarizados no deben ser empleados directamente para determinar la sanción, debido a que se corre el riesgo de ignorar aspectos relevantes que no se incluyan en su matriz conceptual, y, por tanto, de que se sustituya la valoración judicial del caso concreto por pronósticos o recomendaciones resultantes de la aplicación de fórmulas o estimaciones cuantitativas. En la ley especializada, el artículo 71 contempla la creación de una autoridad administrativa dependiente de la administración pública con autonomía técnica, operativa y de gestión, con un área de evaluación de riesgos. Esta área tiene la atribución de entrevistar a las personas adolescentes para obtener sus datos socioambientales, exclusivamente para la determinación de medidas cautelares. En este sentido, el contenido legal sería coincidente con el estándar planteado, aunque respecto a la información pertinente durante diversas fases del proceso (estándar 29), el tribunal o juzgado especializado no cuenta con organismos competentes para brindar dicha información. Por lo tanto, existe una brecha al respecto.

Es importante considerar que las Unidades de Medidas Cautelares (UMECAS) utilizan matrices con variables definidas, considerando criterios positivistas (factores de riesgo estáticos) derivados de modelos de intervención fundamentados en el paradigma de riesgo (por ejemplo, el modelo RNR de Andrews & Bonta, 2010), y, por lo tanto, arrojan fórmulas o estimaciones cuantitativas que ignoran otras circunstancias particulares del adolescente de corte garantista, alejadas del derecho penal de acto. En este sentido, se infiere que existe una amplia brecha en la aplicación y utilización de estos informes por parte de la autoridad judicial y el estándar analizado.

Respecto a la formación y especialización de los operadores del SIJPA, incluyendo a los demás órganos de justicia para la valoración de la información y la aplicación de los criterios relativos a las circunstancias del adolescente (estándar número 28), la LNSIJPA delimita la especialización en materia de derechos de NNA, específicos sobre el SIJPA, medidas de sanción especiales, prevención del delito adolescente, desarrollo de habilidades para el trabajo con adolescentes, cada una respecto al ámbito de sus competencias,⁴⁰ aunque el mismo artículo, en su fracción III, incluye conocimientos en materia de Sistema Penal Acusatorio (para adultos), sin

⁴⁰ Art. 64 de la LNSIJPA.

que ello implique una especialización en el tema. Los órganos que, por disposición legal, deben contar con la especialización son: el ministerio público, los órganos jurisdiccionales, la defensa pública, el facilitador en mecanismos alternativos de solución de conflictos, la autoridad administrativa y la policía de investigación;⁴¹ desde esta perspectiva, se cumple con dicho estándar, el problema se encuentra en la creación de órganos exclusivos. Algunos estados de la República, al no contar con un número considerable de casos, aplican lo que se denomina la jurisdicción mixta, conociendo de asuntos pertenecientes tanto a la justicia penal ordinaria como a la justicia especializada, sin que esto garantice un proceso especializado, debido a que, en muchas ocasiones, no emplean los estándares de enjuiciamiento propios de la justicia especializada. Lo mismo sucede en segunda o tercera instancias, debido a que los magistrados y ministros, en reiteradas ocasiones, no cuentan con dicha especialización, por lo cual para muchas de las resoluciones que en primera instancia son resueltas bajo un enfoque especializado, en segunda o tercera instancia existe una regresión.

Respecto a las garantías procesales durante la obtención, aportación al proceso y valoración de la información sobre el adolescente, pertinentes para la determinación de la medida de sanción (incluidas en el estándar número 30), se determina que la información relativa a las circunstancias del adolescente, referentes a la determinación de la sanción o la definición de su plan individualizado, debe aportarse en una fase procesal posterior a la determinación de culpabilidad o inocencia del acusado (cesura procesal, inciso a) para evitar prejuicios por parte del juez, por lo que la ley deberá garantizar que la información previa no sea utilizada durante el juicio en que se decida su responsabilidad (inciso b), además que el informe sea impugnabile y el organismo encargado de redactarlo guarde autonomía técnica respecto a la fiscalía y la defensa (inciso c). En este sentido, es importante hacer mención de que la ley mexicana, si bien considera el uso de información personal (circunstancias personales del adolescente) en la determinación de la medida de sanción, no refiere el momento ni el organismo competente para brindarla, razón por la cual los tribunales estatales aplican diferentes criterios al respecto, desde solicitar dicha información a las Unidades de Medidas Cautelares (en algunas ocasiones destinadas a la justicia penal ordinaria), la creación de equipos multidisciplinarios depen-

⁴¹ Art. 63 de la LNSIIPA.

dientes del Poder Judicial (sin sustento legal), hasta la solicitud a las partes de pruebas periciales en la audiencia de individualización. Aunque a decir por las personas operadoras entrevistadas dicha información es solicitada posteriormente al dictado de sentencia, que cuenta con un carácter orientativo y que las partes tienen el derecho a impugnarla. La ley contempla, en su artículo 150, la realización de una audiencia de individualización,⁴² aunque, al decir de los operadores entrevistados, en muy pocas ocasiones se desahogan las mismas, por lo que no existe actividad probatoria ni debate; es decir, no existe un procedimiento de determinación especializado propiamente dicho. Como conclusión, el SIJPA en México no es del todo coincidente con el estándar analizado.

II. INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL

Casos prácticos para la comparación y pauta para su análisis y decisión

Para la resolución de los casos propuestos se consultó la opinión de un magistrado y tres jueces especializados; dos agentes del Ministerio Público especializados; dos defensores especializados del Instituto de la Defensoría Pública, y un representante de la Procuraduría de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del DIF, que fueron seleccionados debido a la especialidad absoluta e independencia respecto al tribunal de justicia penal ordinaria, aunque es importante resaltar que sus opiniones no necesariamente representan a la de la generalidad de los órganos de justicia especializada en el país.

A continuación, se analiza cada uno de los casos planteados de acuerdo con la práctica judicial en México.

Caso N° 1: Juan

1) ¿Cuáles son las principales consideraciones que el tribunal tendría en cuenta para decidir qué tipo de sanción impondría a Juan?

Los operadores entrevistados coinciden en que no se impondría una medida de sanción privativa de libertad, toda vez que el delito por el cual Juan fue condenado no está considerado dentro del listado de delitos que merecen medida de sanción de internamiento (art. 164 de la LNSIJPA). Con respecto a la edad del adolescente al momento de la conducta deli-

⁴² Tres días siguientes a la comunicación del fallo.

tiva (16 años), el mismo pertenece al grupo etario III;⁴³ por lo tanto, se le impondrían hasta dos medidas no privativas de la libertad de las previstas en el artículo 155 del mismo ordenamiento legal, considerando la finalidad socioeducativa de las medidas de sanción en adolescentes y que estas no sean incompatibles, además de su ejecución simultánea.⁴⁴

Los criterios (objetivos) considerados para la individualización de la medida impuesta a Juan se encuentran principalmente establecidos en el artículo 148 de la LNSIJPA, y son: los fines de la ley, la edad del adolescente, la comprobación de la conducta y el grado de participación; las características, circunstancias y gravedad del hecho; la posibilidad de que la medida sea cumplida por el adolescente; el daño causado y sus esfuerzos por repararlo, además de sus circunstancias personales, familiares y socioeconómicas, y también valorarían (en caso de existir) alguna vulnerabilidad, siempre en su beneficio.

Al tipificarse el hecho cometido por Juan como un robo agravado,⁴⁵ debido a las circunstancias de ejecución, una de las medidas a individualizar sería la libertad asistida de 10 meses (al establecer la ley en su artículo 151 la obligación de delimitar una medida de mayor gravedad y otra de menor gravedad en caso de incumplimiento o cumplimiento de la misma; la primera sería la libertad asistida de 12 meses y la segunda, de 8 meses), además de la amonestación como segunda medida; en todo momento garantizando el pago de la reparación del daño a la víctima.

i. ¿Qué incidencia tendría la circunstancia de que Juan ha reiterado en numerosas ocasiones conductas similares, siendo incluso condenado por algunas de ellas?

No tiene incidencia la reiteración delictiva, debido a que tanto el artículo 37 como el 156 de la LNSIJPA determinan que los antecedentes del adolescente en ningún caso podrán ser utilizados en su contra o en otro juicio derivado de hechos diferentes; por lo tanto, para la individualización de las medidas de sanción a Juan no se le podrán aplicar disposiciones relativas a la reincidencia ni podrá ser considerado como delincuente habitual.

⁴³ Art. 5 de la LNSIJPA.

⁴⁴ Art. 150 de la LNSIJPA.

⁴⁵ Arts. 194-197 del Código Penal del Estado Libre y Soberano de Durango.

ii. *¿Qué incidencia tendrían las circunstancias personales, en particular su situación de abandono escolar, precariedad de situación familiar y socioeconómica?*

Las circunstancias personales tienen una incidencia fundamental al momento de individualizar la medida de Juan. Estas son situaciones que deben tomarse en cuenta por parte del juez en todo aquello que le beneficie, por lo que nunca deberán usarse en su contra. En todo momento, el juez deberá considerar estas circunstancias al individualizar la medida adecuada para el logro de su reinserción social y familiar. Al respecto, los operadores coincidieron en que, en este caso en particular, al encontrarse vulnerabilidades específicas se tendría que dar vista a la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, a fin de que el Equipo Interdisciplinario elabore un Plan de Restitución de Derechos de acuerdo con el procedimiento contenido en el artículo 123 de la Ley General de los Derechos de NNA.

iii. *¿La baja gravedad del delito sería un obstáculo insalvable para el tribunal, en contra de una sanción privativa de libertad? ¿Las demás circunstancias del caso le permitirían escoger una sanción de esta naturaleza, si la considerase necesaria para los fines de la ley?*

En ningún momento se considerará el internamiento para Juan; lo anterior se deriva tanto del artículo 164 de la LNSIJPA, que no lo contempla como uno de los delitos con posibilidad de internamiento, como de la aplicación del principio de *ultima ratio* o excepcionalidad de la privación de la libertad, contenido en los artículos 37.b de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, 18 constitucional y 31 de la LNSIJPA.

iv. *¿Identifica usted a este respecto una brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones de los estándares 10 a, 10 b, 12c, 15, 16, 18 a, 18 b y 20?*

Respecto a las consideraciones especiales para determinar la gravedad del delito cometido por un adolescente contenido en el estándar número 10, específicamente se encuentra una coincidencia respecto a los incisos 10 a y 10 b, al considerar, como parte fundamental en la individualización de la medida, las circunstancias personales del adolescente (en su beneficio), además de la finalidad socioeducativa, sin anteponer consideraciones relativas a la gravedad del delito y respecto a la seguridad pública. El análisis, respecto a este caso en particular, implica que el acto no se desarrolló con violencia física, por lo que se puede concluir una coincidencia. Sin embargo, no lo sería en caso de que el robo se hubiera cometido con violencia física, ya que en este supuesto, al encontrarse contenido en el inciso j) del

artículo 164, es decir, en la lista de delitos en los que sí procede medida de internamiento, según el personal entrevistado, sí existiría una brecha, debido a que sí se consideraría la magnitud del daño ocasionado y aspectos relativos a la seguridad pública y los fines simbólicos (Art. 148 fracciones IV y VII). Es totalmente coincidente con el estándar número 12 c respecto a la existencia de reglas de proporcionalidad ordinal negativa de las medidas privativas de la libertad, al contener un listado de delitos por los que se podrá imponer internamiento (Art. 164). Tampoco se encuentran brechas referentes a los estándares 15 y 16, respecto a tomar en cuenta de manera discriminatoria las circunstancias del adolescente y sus antecedentes, ya que la ley y la práctica en México disponen que las primeras solo se considerarán en beneficio y los antecedentes nunca podrán ser considerados, delimitando una prohibición expresa en la ley nacional.

También se encuentran coincidencias con los estándares 18 a y 18 b, debido a que, de manera expresa, la ley, en su artículo 17, prohíbe la aplicación de medidas más graves o de mayor duración a las que corresponderían por los mismos hechos a un adulto y la excepcionalidad e idoneidad de las medidas privativas de la libertad (Arts. 31 y 164). Por último, en lo que concierne a los criterios de selección de las medidas no privativas de la libertad (20), la ley y práctica judicial en México hacen especial hincapié en la idoneidad de las medidas de sanción y en su armonización con la reinserción y reintegración social y familiar del adolescente, por lo cual también se encuentran coincidencias al respecto.

2) Si el tribunal decide imponer una sanción no privativa de la libertad, orientada a la inserción social de Juan, ¿qué decisión adoptaría en relación con la intervención socioeducativa que ya se encontraba en curso en el momento de los hechos (en el contexto de la libertad asistida impuesta por los últimos dos delitos de hurto)?

La decisión se adoptaría después del procesamiento e individualización del nuevo proceso; por lo tanto, será facultad del juez de ejecución decidir si subsiste o se ajusta la medida anteriormente impuesta. Según los operadores, por lo regular se realizan ajustes al Plan Individualizado, a fin de conseguir mayor adherencia por parte del adolescente.

i. ¿Identifica usted a este respecto una brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones de los estándares 22, 24 a y 25 a?

La ley coincide con el estándar 22, al considerar la posibilidad de sustituir la medida por una menos grave en caso de cumplimiento de la misma a criterio del juez de ejecución, el cual fundamenta su decisión en

informes técnicos, además de considerar de manera expresa la revisión anual de las mismas (Art. 227) y los estándares para su modificación. Respecto al 24 a, sí existe una brecha, pues, en caso de cometer un delito durante la ejecución de una medida no privativa, se aplica otra medida sin evaluar su plan individualizado anterior; al no encontrarse disposición al respecto ni jurisprudencia en ese sentido, la decisión tomada por el juez de ejecución es subjetiva. En el caso concreto, se respondió sobre el ajuste al Plan Individualizado, por lo que, en este aspecto, es coincidente con el estándar analizado. Finalmente, existe coincidencia con el estándar 25 a, ya que, en caso de incumplimiento, el o la jueza de ejecución tendrá que realizar una audiencia de modificación en la que evaluará, con base en el interés superior del adolescente, las condiciones, retos y obstáculos que ha enfrentado la persona adolescente en la ejecución. En el caso específico de incumplimiento, el artículo 166 determina que no podrá atribuirse a una persona el incumplimiento de las medidas cuando sea el Estado quien haya incumplido en la creación y organización de los programas de seguimiento, supervisión y atención integral de las personas adolescentes condenadas.

Caso N° 2: Pedro

1. ¿Es posible que la información relativa al incidente previo de Pedro, así como el contenido del informe psicológico conocido por el sistema de protección de la niñez, llegue a conocimiento de la justicia especializada?

Sí es posible que la información relativa al incidente previo de Pedro y el contenido del informe psicológico llegue al conocimiento de la justicia especializada, debido a que el Ministerio Público puede solicitar en la etapa de investigación información a entidades tanto públicas como privadas sobre el menor de edad.

i. ¿Es posible que aquella información influya en la decisión acerca de si la intención de Pedro fue homicida y en la determinación de su grado de culpabilidad?

Al respecto, los operadores refieren que no se puede utilizar el contenido de dicho informe para la toma de la decisión por parte del juez respecto a la determinación del grado de responsabilidad; sin embargo, se puede utilizar para la individualización de la medida de sanción, considerándolo en beneficio.

ii. ¿Identifica usted alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones contenidas en los estándares 29 y 30 a)?

El derecho aplicado por los operadores no coincide respecto a los estándares 29 y 30 a), debido a que el conocimiento de la información se obtiene en fase previa a la individualización de la medida, lo que podría perjudicar al adolescente.

2. ¿Puede concurrir a la entrevista psicológica Pedro acompañado de su defensor?

De acuerdo con el contenido de los artículos 41 y 42 de la LNSIJPA, Pedro puede acudir a la entrevista psicológica y cualquier otra diligencia realizada, desde el momento de su detención hasta la ejecución de la medida, acompañado por el defensor especializado y por alguna persona responsable o en quien confíe (persona de confianza).

i. Si el psicólogo se entera en esta entrevista del episodio anterior, ¿puede revelarlo en su informe?

La mayoría de los operadores entrevistados coinciden en que sí puede ser revelado en su informe, el cual, además, contendrá otros datos obtenidos en la entrevista y las conclusiones a las que llegó después de analizar las pruebas aplicadas a Pedro. Se fundamentan en el artículo 61 del Código de Ética del Psicólogo, el cual establece que, por la naturaleza que tiene el psicólogo como auxiliar de la justicia, no está obligado a mantener la confidencialidad de los resultados de las valoraciones ante el juez o la autoridad que lo solicita. Por lo tanto, el psicólogo, como auxiliar de la administración de justicia, debe informar al Tribunal todos los resultados de la evaluación psicológica que tengan relación con el caso sometido a estudio.

Es importante señalar que dos de los operadores entrevistados refirieron la imposibilidad del psicólogo de revelar en el informe el episodio anterior, argumentando que no se le puede inculpar por un acontecimiento anterior; es decir, solo se puede considerar para establecer su estado emocional.

ii. Si el psicólogo se entera de que, en esta segunda ocasión, Pedro atacó a su compañero no por acoso escolar, sino a consecuencia de una reacción fría y planificada, ¿es posible que lo consigne en su informe?

De acuerdo con lo respondido por algunos operadores, sí se puede consignar en el informe y, de ser así, es posible que el delito y el grado de participación se reclasifiquen. Algunos otros operadores piensan lo contrario; es decir, el informe psicológico se debe limitar a valorar el estado psicológico actual de Pedro y nunca podrá inferir si la acción realizada fue intencional o no lo fue.

iii. ¿Identifica usted al respecto alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones de los estándares 30 b) y c)?

En el caso en concreto, se identifican brechas respecto al estándar 30 b, debido a que las entrevistas y evaluaciones a las que son sometidos los adolescentes en México son utilizadas durante el proceso, dentro de la Audiencia de Juicio, porque en la gran mayoría de los casos, a pesar que la ley distingue la celebración de una audiencia de individualización, esta no se verifica y se individualiza en la misma audiencia. Respecto al 30 c, tampoco se garantiza la imparcialidad y el principio contradictorio, debido a que, en algunos de los supuestos, los profesionales dependen de las fiscalías. En lo que sí coincide la práctica judicial es en la obligación de estar presentes no solo el defensor o defensora en la entrevista y/o evaluación.

3. En los supuestos: a) de la muerte de la víctima a consecuencia del corte del cuello y el tribunal dio por probado que, si bien Pedro no buscó la muerte de su compañero, sí le es atribuible un dolo eventual, y b) de nunca antes haber protagonizado un incidente violento y el tribunal se convence de que Pedro actuó de forma pasional e irreflexiva por el dolor que le provocó la humillación.

i. ¿Cuáles serían las consideraciones del tribunal para decidir si se impone o no internamiento?

En ninguno de los dos supuestos se impondría el internamiento, de acuerdo con el contenido del artículo 164 y el último párrafo del artículo 145 de la LNSIIPA, razón por la cual los operadores entrevistados coinciden en establecer que se le individualizarían medidas no privativas de la libertad; al encontrarse en el grupo etario II, pueden imponérsele hasta dos, siendo una de ellas la libertad vigilada o supervisada y la otra el tratamiento psicológico, además del pago de la reparación del daño a la víctima u ofendidos.

ii. El hecho de que la condena se funde en un homicidio doloso, ¿es fundamento suficiente para imponer la sanción con independencia de las circunstancias concretas del hecho por dolo eventual y no dolo directo?

El hecho de comprobarse el dolo (eventual) no puede ser fundamento suficiente para imponer la sanción de internamiento. Se deberán valorar los demás criterios establecidos en el artículo 148, como por ejemplo la finalidad socioeducativa de la medida; las circunstancias personales, familiares, económicas y sociales; su situación de vulnerabilidad (en caso de tenerla); la posibilidad de cumplir la medida por el adolescente, entre otras. Siempre se considerará la excepcionalidad del internamiento por el tiempo más breve que proceda.

iii. *¿Constituyen antecedentes de importancia para que el tribunal prefiera evitar el internamiento el hecho de que Pedro tenga apoyo de su familia, alto nivel educativo, nivel y calidad de la educación recibida, su alto desempeño personal y claras opciones para acceder a una formación profesional?*

Sí se consideran todas las circunstancias personales, económicas, sociales y familiares al momento de individualizar la medida de sanción, por lo que se deberán ponderar todos estos criterios, determinando medidas más acordes a sus necesidades y a la posibilidad de reinserción y reintegración social y familiar.

iv. *¿Identifica alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y los estándares 10 a, 10 b, 12 a, 12 b y 18 a, b, c y d?*

Respecto al análisis de brechas con los estándares número 10 a y 10 b, se puede concluir que existe coincidencia, en virtud de que, según las entrevistas realizadas a los operadores, evidentemente existe un efecto limitador de la intensidad de la respuesta penal, además de no considerarse aspectos relacionados con la seguridad pública y los fines simbólicos del derecho penal. En el mismo sentido se encuentra el análisis de los estándares 12 a y 12 b al momento de individualizar la medida, al considerarlo como persona en desarrollo y, a pesar de encontrarse el delito dentro de la lista establecida en el artículo 164, siempre se tomará en cuenta (de acuerdo con lo argumentado por los operadores en las entrevistas) la ponderación de los demás criterios establecidos en el artículo 148, coincidiendo con el estándar 18 c.

Sobre los estándares 18a y 18 b, es coincidente la práctica judicial en el sistema de justicia especializado en México, debido a que nunca se considerarán criterios similares a los establecidos para adultos; es decir, según el principio de *ultima ratio*, se valorará la idoneidad y extrema necesidad de las medidas sancionadoras privativas de la libertad.

Caso N° 3: Silvia

1. ¿Qué consideraciones tendría en cuenta el tribunal frente a la solicitud de la defensa de Silvia?

Es importante mencionar que en México existe el enfoque de género dentro de los criterios para la determinación de las medidas de sanción, razón por la cual, con fundamento en lo establecido por el artículo 148, segundo párrafo, inciso a), en caso de que se hubiese individualizado una medida de sanción de internamiento y esta no hubiere sido sustituida, el

juez o la jueza de ejecución tendrá la obligación de sustituirla por tratarse de una adolescente gestante, considerando en todo momento el principio de interés superior (Art. 217, fracción I). En este sentido, se individualizarán medidas de sanción no privativas de la libertad de acuerdo con el contenido de la fracción I, artículo 155, de la ley nacional, y considerando su grupo etario (III), podrían corresponder hasta dos de ellas, siendo una la libertad asistida y la otra la asistencia a un tratamiento contra las adicciones, de acuerdo con el inciso d) del ordenamiento legal en comento.

i. ¿Identifica alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta por el estándar 22, en relación con el 17?

La ley y la práctica judicial son coincidentes con el estándar 22 en relación con el 17, debido a que, al momento de la ejecución, se valorará en todo momento el desarrollo y la integración social de la persona adolescente como consideración primordial y se aplicará, en su caso, una modificación (o en su caso sustitutivo penal en ejecución) más favorable en caso de cumplimiento. Lo anterior de acuerdo con los artículos 227 y 228 de la LNSIIPA, considerando, entre otras cosas, el interés superior y las condiciones, retos y obstáculos que ha enfrentado la persona adolescente en el cumplimiento de la medida.

2. ¿Qué peso desempeña en la decisión del tribunal la circunstancia de que la porción de tiempo de cumplimiento de sanción transcurrida es muy baja?

Este precepto no aplica para el caso mexicano, debido a que, a consecuencia del embarazo de Silvia, esta no podría encontrarse privada de la libertad. En este sentido, es importante mencionar que la porción de tiempo de cumplimiento de una medida de sanción en México no se considera, porque la ley especializada no exige términos mínimos de cumplimiento para la modificación de la misma.

i. ¿Identifica alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones tenidas en cuenta respecto al estándar 23?

Como se acaba de indicar, en México la ley no determina la necesidad de que transcurra una porción mínima de la medida impuesta a fin de modificarla, razón por la cual no se puede valorar la existencia o inexistencia de brechas respecto al estándar previsto.

3. ¿Es probable que el tribunal accediese a la sustitución de la sanción por una no privativa de la libertad o es más probable que solo se modifiquen las condiciones de ejecución sin poner término a la internación?

Desde la sentencia, el juez debió imponer una medida no privativa de la libertad, o en su caso sustituirla por una no privativa de la libertad; además, de acuerdo con el artículo 153, debió delimitar una medida de mayor y otra de menor gravedad, a fin de modificarla, a consecuencia de su cumplimiento o incumplimiento.

4. Si el tribunal no sustituye la sanción, ¿las nuevas circunstancias planteadas por la defensa de Silvia tendrían un impacto en los objetivos y condiciones del plan de ejecución de sanción? ¿Qué impacto?

No aplica para el caso mexicano, debido a que no se podría aplicar una medida de internamiento por las circunstancias particulares de Silvia (embarazo), aplicando la perspectiva de género y el acceso a la justicia de las mujeres, además del control de convencionalidad (Convención de Belém do Para).

i. ¿Identifica alguna brecha entre el derecho aplicado en su país y las consideraciones del estándar número 21?

Existe coincidencia entre la legislación y práctica del sistema mexicano respecto al contenido del estándar número 21, debido a que los artículos 3º fracción XXI y 187 de la LNSIJPA consideran la existencia de un Plan Individualizado de Ejecución que contendrá, entre otras cosas, los objetivos que se pretende cumplir durante el proceso de reinserción y reintegración, la determinación de las actividades, las autoridades encargadas de su cumplimiento, así como las condiciones en que se desarrollará.⁴⁶ Este plan deberá ser revisado y modificado a petición del o de la adolescente, pero también será revisado periódicamente por el juez de ejecución.

CONCLUSIONES

Al realizar un análisis del contenido legal, la práctica judicial, así como de la jurisprudencia especializada en materia de justicia para adolescentes en México, en relación con los *Estándares Comunes para Iberoamérica sobre Determinación y Revisión Judicial de Sanciones Penales para Adolescentes* (ECI), podemos concluir, respecto a los principios generales (Estándares 1 e, 3 c, 5 d y 6) y a la proporcionalidad de la sanción en lo referente a las circunstancias personales del adolescente, específicamente al no considerar los antecedentes previos del adolescente al momento de individualizar una nueva medida (Estándar 16), que tanto la ley como la práctica judicial son

⁴⁶ Art. 188 de la LNSIJPA.

coincidentes con los mismos. Sin embargo, se encontraron algunas brechas que se han clasificado en tres rubros: a) las brechas exclusivamente legales, b) las derivadas de la práctica judicial y c) las mixtas, es decir, las que se encuentran tanto en la ley como en la práctica judicial.

Las brechas exclusivamente relacionadas con la LNSIJPA se encuentran en los estándares correspondientes a la proporcionalidad entre las medidas de sanción y el delito (Estándares 10 a, 10 b y 12 b), siendo estas las que se enuncian a continuación:

- La ley delimita dentro del artículo 145 último párrafo, dentro de sus reglas de determinación, un listado de delitos (delincuencia organizada, trata de personas, secuestro, entre otros) que merecen la duración máxima del internamiento; por la naturaleza de los mismos, estos corresponden más a la gravedad objetiva y magnitud del daño causado que a la culpabilidad del adolescente, es decir, atienden más a fines de seguridad pública y de derecho penal simbólico. Además, se encuentra una evidente inconsistencia entre este último párrafo del artículo 145 y el artículo 148 del mismo ordenamiento legal, el cual delimita otro tipo de criterios, que deben ser ponderados al momento de individualizar la medida.

- Respecto a la revisión judicial durante la ejecución (Estándares 21, 23 y 26), se encuentran brechas e incluso inconsistencias en el contenido de la ley, principalmente en el artículo 48, el cual faculta a la autoridad administrativa a realizar modificaciones no trascendentales de la medida de sanción, contrariando no solamente el artículo 177 de la ley, sino también el 21 constitucional, que facultan solo a la autoridad judicial a la modificación de la medida de sanción.

- En cuanto a la proporcionalidad entre el delito y la severidad de la sanción efectivamente ejecutada, la LNSIJPA no incluye mínimos de ejecución para la aplicación de beneficios preliberacionales o para la modificación de la medida, quedando a criterio del juez de ejecución el tiempo mínimo transcurrido a fin de realizar cualquier tipo de modificaciones, razón por la cual no aplica la proporcionalidad en este supuesto.

- Por último, en caso de reiteración delictiva al momento de la ejecución de una medida de sanción, siendo mayor de 18 años de edad, es decir, ante la concurrencia en la aplicación de sanciones y penas, el artículo 184 delimita que, al existir este supuesto, se declarará extinta la medida de sanción para dar cumplimiento a la pena, contrariando el estándar número 26, que propone darle continuidad a la medida de sanción ajustando el plan individualizado.

En cuanto a la práctica judicial, se encontró una brecha en la imposición judicial de las medidas de sanción, concretamente en la prohibición de discriminación negativa del adolescente en relación con los adultos (Estándar 18 a):

- Los operadores del SIJPA refieren en las entrevistas que aplican un instrumento denominado “Evaluación de Riesgo” como referente para la determinación de medidas cautelares (en ocasiones para la individualización de medidas de sanción), el cual arroja estimaciones cuantitativas e incluye variables negativas fundamentadas en el paradigma de riesgo, además de considerar algunas circunstancias del adolescente de manera discriminatoria, como por ejemplo el haberse fugado de su casa o el vivir con uno o ambos padres.

Por último, respecto a las brechas que coinciden tanto en el contenido de la ley como en la aplicación judicial (mixtas), es importante resaltar que las inconsistencias corresponden principalmente al uso de información sobre las circunstancias personales del adolescente (Estándares 27, 28, 29, 30 a y 30 b):

- Los sistemas de información utilizados por los organismos judiciales especializados al momento de individualizar o modificar las medidas de sanción, en términos generales, no cuentan con un alto estándar profesional. En particular, por la inexistencia de un grupo de expertos, panel interdisciplinario o equipo técnico destinado a esa labor; Por lo tanto, la información se genera por consultores técnicos, peritos o autoridad administrativa especializada en ejecución, que en algunas ocasiones no guarda autonomía técnica.

- A partir de las entrevistas realizadas a los operadores del sistema se observó que emplean los instrumentos diagnósticos estandarizados al momento de individualizar la medida de sanción; es decir, el mismo instrumento es empleado en distintas fases del procedimiento. Las entrevistas y las evaluaciones a las que son sometidas las personas adolescentes (regularmente al inicio del procedimiento) pueden ser presentadas al juez en momentos previos a la individualización, lo que no garantiza su imparcialidad dentro del juicio de responsabilidad (cesura procesal).

- Respecto a la formación de los operadores, en algunos estados encontramos una jurisdicción mixta (conocen tanto del sistema penal de adultos como de adolescentes) y a nivel federal (que es el que se encarga de la tercera instancia y de la creación de jurisprudencia especializada) no se

cuenta con órganos especializados que empleen estándares de enjuiciamiento distintos a los de la justicia penal ordinaria.

Es importante recalcar (tal y como se argumentó al inicio del presente informe) que en las treinta y dos entidades federativas que conforman el Estado mexicano existe una diversidad de criterios al momento de aplicar la ley nacional ante eventuales lagunas legales o criterios de interpretación, razón por la cual el presente informe no refleja la totalidad de la práctica judicial en el país.

Otro aspecto importante lo constituye la ausencia de órganos judiciales federales especializados debido a la existencia de la competencia auxiliar y concurrente establecida en los artículos 61 y 62 de la LNSIIPA, los cuales disponen:

Artículo 61.- (...)

I. Cuando el hecho sea del orden federal pero exista competencia concurrente, deberán conocer los órganos del fuero común, en los términos que dispongan las leyes (...).

Artículo 62.-

El Poder Judicial de la Federación establecerá el mecanismo más propicio para determinar el lugar de sus órganos jurisdiccionales, mediante el uso eficiente de los recursos.

Cuando en el lugar de los hechos no se cuente con un órgano jurisdiccional federal, por vía de auxilio la competencia para conocer del asunto recaerá en los órganos jurisdiccionales locales.

Este argumento es importante, debido a que, como se comentó en líneas anteriores, tanto las resoluciones en tercera instancia (juicios de amparo) como los criterios y la jurisprudencia derivada del Poder Judicial de la Federación no cumplen con el requisito de la especialidad del sistema; por lo tanto, la mayoría de ellos se encuentran sustentados en principios, reglas y procedimientos derivados del Derecho Penal de adultos.

A fin de lograr un Sistema de Justicia para Adolescentes que armonice con el paradigma garantista, aplicando los principios básicos de un Derecho Penal democrático, es necesario considerar estándares especiales de determinación y revisión judicial de las medidas de sanción en el adolescente, que respondan a su diferencia con los adultos, y no a circunstancias de desventaja o vulnerabilidad.

El paralelismo al momento de la aplicación de la LNSIIPA en los estados de la República mexicana, específicamente al momento de la determinación y revisión judicial de la medida de sanción en adolescentes, ha traído como consecuencia criterios diferenciados. Resulta indispensable homologarlos

a partir de estándares nacionales e internacionales, a fin de consolidar el sistema especializado; en este sentido, los *Estándares Comunes para Iberoamérica sobre Determinación y Revisión Judicial de las Medidas de Sanción* (ECI) nos pueden servir como punto de partida.

FUENTES DE INFORMACIÓN

CARBONELL, Miguel; GONZÁLEZ, Edgar S. Caballero. *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes: con jurisprudencia nacional e interamericana*. Porrúa, 2017.

CILLERO BRUÑOL, Miguel, et al. *Proporcionalidad de la sanción penal de adolescentes. Estudio comparado y Estándares Comunes para Iberoamérica*. Santiago, Thomson Reuters, 2019.

COBO TÉLLEZ, Sofía M. *La ejecución de medidas aplicadas a los adolescentes. Un acercamiento al garantismo*, México, Instituto Nacional de Ciencia Penales, 2019.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Tres ordenamientos del “nuevo sistema penal”. Mecanismos alternativos, ejecución de penas y justicia para adolescentes*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 2017, Vol. 50, N° 149.

FUENTES, Alejandro Ramón. *Análisis dogmático de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*. Recuperado en: <https://es.slideshare.net/AlejandroFuentes57/nlisis-dogmtico-de-la-ley-nacional-del-sistema-integral-de-justicia-penal-para-adolescentes>.

VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *La justicia para adolescentes en México. Análisis de las leyes estatales*, Universidad Nacional Autónoma de México, UNICEF, 2009.

LEYES, CÓDIGOS Y OTROS DOCUMENTOS

Acción de Inconstitucionalidad N° 37/2006 de la SCJN. En: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=20917&Clase=DetalleTesisEjecutorias>.

- Acción de Inconstitucionalidad N° 60/2016 de la SCJN. En: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Acciones/Acc_Inc_2016_60_Demanda.pdf.
- Código Nacional de Procedimientos Penales. En: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf.
- Código Penal del Estado Libre y Soberano de Durango. En: [http://congresodurango.gob.mx/Archivos/legislacion/CODIGO%20PENAL%20\(NUEVO\).pdf](http://congresodurango.gob.mx/Archivos/legislacion/CODIGO%20PENAL%20(NUEVO).pdf).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Gaceta oficial del Diario de la Federación 2015*.
- Convención Internacional de los Derechos del Niño. En: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.
- Encuesta Nacional de Adolescentes en el Sistema de Justicia Penal del INEGI. En: <https://www.inegi.org.mx/programas/enasjup/2017/>.
- Estándares Comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales de adolescentes, (2019). En: <http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/11/Estandares-Iberoamericanos-Sanciones-Penales-Adolescentes-.pdf>.
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGD-NNA_171019.pdf.
- Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, 2016. Disponible en: [www.diputados.gob.mx › LeyesBiblio › pdf › LNSIIPA](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIIPA.pdf).
- Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño. En: <http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/01/Compendio-de-Observaciones-Generales-del-Comite%CC%81-de-los-Derechos-del-Nin%C%83o-CIDENI.pdf>.
- Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño. En: <http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/01/Compendio-de-Observaciones-Generales-del-Comite%CC%81-de-los-Derechos-del-Nin%C%83o-CIDENI.pdf>.

Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño. En: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom24.html>.

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En: https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_nna.pdf.

Secretaría de Gobernación. *Capacitación sobre el Programa de Justicia Terapéutica a Jueces de Ejecución del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México*, 2019. Disponible en: <https://www.gob.mx/salud/conadic/prensa/capacitacion-sobre-el-programa-de-justicia-terapeutica-a-jueces-de-ejecucion-del-tribunal-superior-de-justicia-de-la-ciudad-de-mexico-195292?idiom=es>.

Secretaría de Gobernación. *¿Qué es la justicia alternativa?*, 2016. Disponible en: <https://www.gob.mx/segob/articulos/que-es-la-justicia-alternativa-19298>.

Simulación de audiencia inicial para adolescentes en el estado de Nuevo León. En: <https://www.youtube.com/watch?v=lNhpqEGqZfk>.

Tesis de jurisprudencia I.9o.P. J/17 (10a.) MEDIDA DE TRATAMIENTO EN INTERNACIÓN PARA ADOLESCENTES INFRACTORES. SI PARA SU ADECUADA APLICACIÓN EL JUEZ TOMA EN CONSIDERACIÓN EL DIAGNÓSTICO TÉCNICO QUE LES FUE PRACTICADO, ELLO NO TRANSGREDE SU DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA, NI EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Sustentada por el Tribunal Colegiados de Circuito, localizable en el registro digital 2009495.

ASPECTOS GENERALES

En Uruguay la justicia penal juvenil se encuentra regulada por un Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA)² que constituye la legislación aprobada en el marco del proceso de adecuación de la normativa interna a los estándares de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN).³

¹ Abogado, egresado con el título de doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República (UDELAR), magíster en Políticas Públicas y Derechos de la Infancia por la UDELAR, y doctorando en proceso de tesis del Doctorado en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús. Director del Departamento de Investigación y Gestión de la Información del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR y miembro experto del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En forma previa, ha trabajado como investigador experto regional en la elaboración de informe *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas* (2011), de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos; en el estudio *Justicia penal juvenil. Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe* (2014), de la Oficina Regional de UNICEF, así como en diferentes estudios y artículos referidos a aspectos vinculados con el derecho internacional de los derechos humanos y los sistemas de justicia juvenil desde la perspectiva regional y nacional. Las opiniones aquí reflejadas son de estricto carácter personal y pueden no coincidir con la de las instituciones de pertenencia. Se agradecen las contribuciones de las profesionales que han sido consultadas en el marco de la elaboración del presente documento, las Dras. Yamila Cabrera Muñoz y Marielen Moreira Olarán, quienes se desempeñan como defensora pública en el ámbito de la justicia juvenil y como investigadora en el Observatorio del Sistema Judicial (FJD-UNICEF), respectivamente.

² Ley N° 17.823 de 7 de setiembre de 2004.

³ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución N° 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Uruguay ratificó la CDN el 28 de setiembre de 1990, a través de la Ley N° 16.137.

La historia de la aprobación e implementación del Código de la Niñez y la Adolescencia ha tenido sus peculiaridades. La primera es que, pese a que se trata de una ley que fue debatida en sus diferentes versiones durante años, en el mundo de los operadores del sistema de administración de justicia se la consideró sorpresiva. Una segunda característica estuvo dada por la instalación de un discurso según el cual el flamante código había sido elaborado para ser prontamente modificado, con independencia de su aplicación efectiva (Palummo, 2010). Esta última característica provocó que, a los pocos meses de haberse aprobado el texto normativo y sin que existieran evaluaciones serias de su puesta en funcionamiento, comenzaran a circular proyectos de reforma. La tercera peculiaridad de este proceso ha sido el profundo déficit de implementación de la nueva normativa, situación que inicialmente fue propiciada por la inexistencia de recursos materiales –humanos y financieros– para la puesta en marcha del nuevo modelo. Este contexto dejó la sensación de que con el CNA mucho debía cambiar, pero no cambió demasiado, y el paso del tiempo ha dado cuenta de que existe el riesgo de que se estanque el proceso de cambio, de que se perpetúe la situación actual o, en el peor de los casos, de que se comience a retroceder (Palummo, 2010; Morlachetti, 2013).

Desde la perspectiva del diseño normativo, el régimen tiene una serie de características que son comunes a otros países de la región. Un primer aspecto es que, entre las diversas estrategias posibles, se optó por aprobar un cuerpo normativo unificado para regular diferentes temas –un código–, en el lugar de aprobar una ley especial. En segundo lugar, el nuevo diseño estuvo orientado a romper con el ámbito de competencia de la justicia de menores, que comprendía la posibilidad de intervenir por motivos infraccionales y asistenciales. Esto se realizó, por un lado, modificando la denominación de los juzgados de menores, que pasaron a denominarse “de adolescentes”, y modificando la competencia de los mismos, en la medida en que dejaron de ser competentes con relación a la adopción de medidas de protección de derechos. Es decir, con la aprobación del Código de la Niñez y la Adolescencia a finales de 2004, en Montevideo los Juzgados Letrados de Menores pasaron a denominarse Juzgados Letrados de Adolescentes y perdieron su competencia para entender en los temas de protección o tutelares.

PRIMERA PARTE: MARCO GENERAL DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

Desde que fue aprobado el CNA, el sistema penal juvenil ha estado en el centro del debate, tanto en lo relativo a las políticas públicas para la infancia como en lo referido a las políticas de seguridad pública. La relativa estabilidad de la que había gozado el Código del Niño de 1934 no fue transmitida a la norma que lo sustituyó. Es posible identificar tres etapas en la evolución normativa más reciente sobre el sistema de justicia penal juvenil en Uruguay.

La primera comienza con la aprobación del CNA y culmina con el inicio del proceso de endurecimiento del sistema, específicamente con la promulgación de la Ley N° 18.777, de 15 de julio de 2011.

Un segundo momento comienza con la norma antes referida, continúa con la aprobación de la Ley N° 18.778, de 15 de julio de 2011, y la Ley N° 19.055, de 4 de enero de 2013. En esta etapa, en forma paralela, pero sin implicar una modificación del CNA, también fue votada la Ley N° 18.771, de 1 de julio de 2011, orientada a modificar la institucionalidad a cargo de la gestión de las medidas y sanciones de la justicia penal juvenil. Esta última norma creó el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (SIRPA), como nueva institución para la atención de adolescentes en conflicto con la ley penal, organismo que fuera sustituido por Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente (INISA), conforme con la Ley N° 19.367, de 31 de diciembre de 2015, que lo estableció como un nuevo servicio descentralizado.

El proceso de endurecimiento del sistema penal juvenil se ha materializado en esta segunda etapa con los cambios introducidos principalmente por las Leyes N°s. 18.777, 18.778 y 19.055. Todo lo cual ha motivado una intensa reflexión en el ámbito local y la realización de algunos estudios empíricos (Duarte, 2017; González-Laurino, 2020; González Laurino & Leopold Costáble, 2018b, 2018a; López *et al.*, 2017; Morás, 2019).

La tercera y última etapa se inicia a partir de la Ley N° 19.551, de 25 de octubre de 2017, y continúa con la Ley N° 19.889, de 9 de julio de 2020, en especial mediante la primera fueron aprobadas una serie de modificaciones al CNA con el objetivo de adecuar el trámite de la justicia penal juvenil al nuevo Código de Proceso Penal, Ley N° 19.293, de 19 de diciembre de 2014. Más allá de mencionar la importancia de esta tercera etapa, en tanto implica transformar la estructura del sistema acusatorio en el nuevo proceso, esta circunstancia no ha implicado revertir el proceso de endurecimiento

referido anteriormente; en efecto, las medidas establecidas por la Ley N° 19.889 han contribuido a dicho proceso.

Por último, y pese a que se trata de iniciativas que no han prosperado, es inevitable mencionar que, en el período analizado, se han presentado varios proyectos de reforma normativa tendientes a un mayor endurecimiento del sistema. La instalación en el año 2011 de la Comisión Nacional por la Seguridad para Vivir en Paz y el inicio de una campaña de recolección de firmas con el fin de plebiscitar la rebaja de edad de imputabilidad, reformar la institucionalidad relativa a la gestión de la privación de libertad y el régimen de antecedentes penales de los menores de 18 años, entre otros aspectos, son una dimensión clave de la evolución normativa reciente. Aun cuando se trata de una iniciativa frustrada de reforma constitucional, fue en el contexto de la discusión en torno a este proyecto que fueron aprobadas las Leyes N°s. 18.777, 18.778 y 19.055, antes referidas.

Presupuestos del sistema de determinación y revisión judicial de sanciones y los principios y definiciones generales propuestos por los *Estándares Comunes*

Fundamentación de la sentencia y principio general de impugnación

En el régimen vigente establecido por el Código no se han establecido, en términos generales, exigencias específicas de fundamentación de las sentencias, salvo en el caso de que se trate de sentencias en las cuales a los adolescentes declarados responsables de una infracción a la ley penal les sean impuestas medidas privativas de libertad. En esos casos, conforme el artículo 87 del CNA, es necesario que se aporten los motivos de la no aplicación de otras medidas. Han sido derogadas algunas exigencias referidas al contenido de la sentencia para los casos en que eran impuestas medidas socioeducativas; aquellas sentencias debían ser dictadas con la finalidad de preservar el interés del adolescente. Asimismo, se disponía que la privación de libertad solo se use como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. De todas formas, es evidente que este criterio es de aplicación conforme al derecho internacional de los derechos humanos (CIDH, 2011) y, además, es un criterio reiteradamente

argumentado en la jurisprudencia nacional sobre la base de las normas internacionales aplicables.⁴

En cuanto a la forma de la sentencia, también fue derogada la exigencia de que la sentencia sea escrita y redactada de un modo breve y claro, para que pueda ser comprendida en todas sus partes por el adolescente imputado. De acuerdo con la actual redacción del artículo 76, es el defensor quien tiene el deber, bajo su más seria responsabilidad, de comunicar al adolescente toda resolución judicial pronunciada en el proceso en el que sea parte, en términos sencillos y claros, evacuando todas las dudas que le plantee.

Si nos remitimos al régimen general del Proceso Penal el artículo 117 del CPP establece que la Sentencia “es la decisión del tribunal sobre la causa o punto que se controvierte en él”, el dictado de la sentencia debería suceder una vez finalizada la audiencia de juicio. Sin perjuicio de esto, la práctica indica que el dictado de sentencia se dilata por quince días (artículo 76.5 CNA). De cierta manera, esta dilación en el dictado de la misma otorga la garantía de que el tribunal volverá a valorar todos los medios probatorios propuestos en el juicio [...] la sentencia debe ser expresa, clara completa y lógica, de fácil comprensión para el adolescente infractor, debe comprender su objeto, el alcance y como concluye su responsabilidad penal. Debe existir una correspondencia entre lo que debe decidir el juez, las actuaciones que tuvo a su alcance, los hechos que se expusieron y la argumentación de valor a los medios probatorios que apoya a la conclusión reflejada en el fallo. El juez debería dictar la sentencia dirigida a un adolescente, usando los términos más sencillos posibles (Dra. Yamila Cabrera Muñoz, defensora pública).

Los medios de impugnación son aquellos mecanismos reconocidos por el derecho para contradecir, cuestionar, rebatir o criticar una decisión judicial que se considera errónea, agravante o perjudicial para la parte impugnante. En cuanto a la impugnación de las resoluciones y sentencias, se ha establecido en el artículo 47 literal I), a favor del adolescente sujeto al proceso, un principio general de impugnación de todas las decisiones judiciales que lo perjudiquen. También en este caso han operado cambios relevantes; por ejemplo, se han eliminado las referencias a la legislación procesal civil con relación al régimen de impugnaciones, así como a la apelación automática, en el caso de imponerse medidas de privación de libertad superiores a un año, por lo que ahora se aplicaría la remisión genérica a la normativa procesal penal general del artículo 75 del Código.

⁴ Tribunal Apelaciones Familia 2ºT, sentencia 184/2019 de 9/10/2019.

En definitiva, el régimen impugnativo al proceso de adolescentes se rige por el CPP, por remisión del artículo 75 del CNA.⁵

Justicia juvenil y el sistema de protección de derechos

La distinción 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 niños, niñas y adolescentes, por la otra, es uno de los logros más relevantes que ha traído la aprobación del Código (Palummo *et al.*, 2004).

No obstante, el régimen vigente establece algunas formas de contacto entre ambos sistemas. Así, al momento de regularse los principios que rigen el procedimiento, en el artículo 44 del CNA, se dispone que solo puede ser sometido a proceso especial el adolescente mayor de 13 y menor de 18 años imputado de infracción a la ley penal. Según esta norma, si se encuentran involucrados niños menores de 13 años, se procederá de acuerdo con lo preceptuado en el Capítulo XI, artículos 117 y siguientes de este código. En ese capítulo se regula el sistema judicial de protección de derechos, existiendo, hasta la aprobación de la ley N° 19.747, de 19 de abril de 2019, una previsión sobre la intervención en los casos de vulneración de derechos de tercero.

En la gran mayoría de los casos donde están involucrados adolescentes infractores, hay informes técnicos que sostienen la vulneración de derechos de ese menor. El interés superior del niño supondría prescindir de la acción penal y disponer el inicio de un expediente de su situación conforme al artículo 117 del CNA, cuyo objetivo implicaría un abordaje integral de esa familia y por supuesto de la situación de vulnerabilidad del niño (Dra. Yamila Cabrera Muñoz, defensora pública).

También en el artículo 76, al regularse las actuaciones previas al proceso por infracción, se establece que, cuando el Ministerio Público toma conocimiento de que el adolescente se encuentra en la situación prevista en el artículo 117 del Código, lo debe poner en conocimiento del tribunal competente. No queda planteado explícitamente que en esos casos este además operando una renuncia definitiva a sancionar la conducta imputada, lo que podría ocurrir en el marco de la aplicación de otros institutos previstos. En los primeros años de la aplicación del CNA han sido identificadas

⁵ Tribunal Apelaciones Familia 1°T, sentencia 194/2020 de 26/08/2020.

algunas dificultades y confusiones con relación a estos aspectos (Palummo, 2006, 2009). No obstante, se han ido consolidado prácticas que consideran adecuadamente la existencia de diferentes sistemas, con diferentes ámbitos de actuación y competencias institucionales.

Propósito y finalidad de la sanción

Las sanciones de la justicia juvenil de acuerdo con el régimen vigente son denominadas medidas socioeducativas, y clasificadas como privativas y no privativas de libertad. En el caso de las denominadas medidas socioeducativas, se postula, normativamente en el artículo 79 del CNA, que tendrán –como su nombre lo indica– carácter educativo, procurarán la asunción de responsabilidad del adolescente y buscarán fortalecer el respeto del mismo por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, así como el robustecimiento de sus vínculos familiares y sociales. La CDN, en su artículo 40.1, confiere especial importancia a la promoción de la integración del adolescente, a la posibilidad de que este asuma una función constructiva en la sociedad y a que se fortalezca su respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales. Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad desarrollan el postulado de la CDN y disponen que el objetivo de la privación de libertad debe ser la integración a la sociedad y la inserción en la comunidad.

No obstante lo expresado y la compatibilidad entre las finalidades explícitas de las sanciones con los estándares internacionales, algunas reformas normativas recientes, en especial la modificación del artículo 91 del Código por parte de la Ley N° 19.889, han contribuido al aumento de la extensión de la privación de libertad. Esta norma duplicó el tiempo de duración máxima de la privación de libertad para los casos de la comisión de los delitos de: homicidio intencional agravado y muy especialmente agravado (artículos 311 y 312 del Código Penal), violación (artículo 272 del Código Penal) y abuso sexual especialmente agravado (artículo 272 ter del Código Penal), en cuyo caso la medida de privación de libertad tendrá una duración máxima no de cinco, sino de diez años. También, por ejemplo, conforme al régimen especial de responsabilidad establecido en el artículo 116 bis, incorporado por Ley N° 19.055 y luego modificado por Ley N° 19.889, se han establecido limitaciones a las facultades judiciales de sustituir anticipadamente ese tipo de sanción durante la fase de ejecución. Estos aspectos podrían implicar fines contradictorios con la finalidad de proteger el desarrollo y la integración social del adolescente, conforme los

Estándares comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales de adolescentes (en adelante, los Estándares Comunes) (CIDENI, 2019; Couso *et al.*, 2019).

Especialidad de la determinación de sanciones

En el régimen vigente son aplicables a los adolescentes las previsiones normativas del Código Penal de adultos en lo que refiere a la descripción de las conductas castigadas. En este sentido, las infracciones de la justicia penal juvenil no son otra cosa que los delitos previstos en el Código Penal cuando son cometidos por adolescentes (López *et al.*, 2017, p. 17). La normativa vigente ha procurado la compatibilidad el proceso de la justicia juvenil con el Código Procesal Penal, declara su aplicación subsidiaria, y establece un proceso con características especiales y regulación específica.

El Código del Proceso Penal, aprobado por Ley N° 19.293, de 19 de diciembre de 2014, con sus modificaciones, sustituyó íntegramente la normativa procesal anterior, aprobada durante el régimen *de facto* por Decreto Ley N° 15.032, de 7 de julio de 1980 y modificativas. Se trata de una reforma que introdujo diversos cambios relevantes, en especial la consagración de un sistema acusatorio.

La determinación de sanciones y atención al derecho penal común

El CNA plantea explícitamente en su artículo 73 la adecuación a la normativa del Código Penal y de la Ley N° 16.707, de 12 de julio de 1995, lo que incluye considerar los elementos constitutivos de la responsabilidad, las circunstancias que eximen de la aplicación de medidas o que aminoren o agraven el grado de las infracciones y el concurso de infracciones e infractores, tomando en cuenta los preceptos de dichas normas, la condición de adolescentes y los presupuestos de perseguibilidad de la acción. Mientras que en el artículo 79 refiere a los criterios de proporcionalidad, así como a la idoneidad de las medidas para alcanzar los objetivos normativamente establecidos.

Pero más allá de estas consideraciones generales y el régimen especial de responsabilidad antes referido, es relevante mencionar que, si bien la Ley N° 19.889, de 9 de julio de 2020, pone punto final a la discusión sobre la aplicabilidad o no de las agravantes del derecho penal común a la justicia juvenil –a favor de la aplicabilidad–, no existen parámetros específicos de determinación de las sanciones. Esta medida, junto con otras establecidas en esa misma ley, como la duplicación del tiempo de duración de la privación

de libertad en el marco de la justicia de adolescentes que ahora llegaría a los diez años, puede ser considerada como un nuevo mensaje a los tribunales a favor de un endurecimiento de las respuestas punitivas. Por lo reciente de estas modificaciones normativas, aún no existen estudios que permitan verificar el impacto del régimen vigente en las prácticas judiciales.

Proporcionalidad entre la sanción y el delito

Consideraciones especiales para determinar la gravedad del delito

En el régimen vigente no se ha consagrado un mayor énfasis en la culpabilidad. En especial cuando se toman en consideración los cambios normativos de la segunda y tercera etapa mencionada al inicio de este capítulo. Es en el marco de esas modificaciones, conforme lo establecido en el régimen especial del artículo 116 bis, que se han establecido parámetros específicos de mayor castigo a los adolescentes que incurran en una serie de delitos considerando su gravedad objetiva, sin que haya –más allá de alguna formulación genérica– una consideración especial a la situación en que se encuentra el adolescente frente a las normas penales, en tanto persona en desarrollo.

En el mismo sentido, de acuerdo al artículo 94, el derecho del adolescente a promover la sustitución, modificación o cese de la medida socioeducativa dispuesta por sentencia, se encuentra establecido sin perjuicio de la aplicación del régimen especial del artículo 116 bis antes mencionado. En el marco de este tipo de solicitudes se podría fundamentar el cese en que la medida ha cumplido su finalidad o la sustitución o modificación en que ya no resulte idónea. Tampoco se han establecido eximentes incompletas o circunstancias atenuantes de responsabilidad, fuera de la remisión a la legislación penal general.

Lo que sí se ha establecido es la posibilidad de aplicación del principio de oportunidad reglada, de acuerdo con el artículo 74 L), lo que implica el derecho del adolescente a que se prescinda del procedimiento o de la acción penal cuando, por la característica del hecho o por la naturaleza del bien jurídico agredido, no se justifica la prosecución de la acción. Esto podría ocurrir, conforme lo dispuesto en el artículo 104, total o parcialmente, o ser limitada a una o varias infracciones o limitarla a alguna de todas las personas que hayan participado del hecho, cuando se trate de un hecho que, por su escasa gravedad o lo exiguo de la contribución del partícipe, haga

innecesaria una medida definitiva, o cuando el adolescente haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave.

En el sistema vigente, por lo tanto, se ha establecido un régimen de especialidad para la responsabilización de los adolescentes que desarrollan conductas que son calificadas como infracciones a la ley penal. Ello incluiría, de acuerdo con el artículo 69 del CNA: a) las acciones u omisiones dolosas consumadas, cometidas en calidad de autor o coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales, sin exclusiones; b) las acciones u omisiones culposas consumadas, cometidas en calidad de autor o coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales, cuando el juez reúna los elementos de convicción suficientes, fundados exclusivamente en el desarrollo de la personalidad psicosocial del infractor y avalados por un equipo técnico, que permita concluir que el adolescente disponía de la capacidad cognitiva para evaluar las posibles consecuencias de su obrar; c) la tentativa y complicidad en el delito de hurto, correspondiendo en tal caso la aplicación de medidas socioeducativas no privativas de libertad; d) la tentativa y la participación en el caso de infracciones gravísimas a la ley penal.

En el marco de ese régimen general, se prevé un sistema de responsabilidad que, más allá de la misión amplia de la normativa penal general y de la legislación sobre seguridad ciudadana, no establece una dosimetría específica para el establecimiento de sanciones, sin perjuicio del establecimiento de plazos máximos de los diferentes tipos de medidas, y los parámetros establecidos para la privación de libertad.

Por otro lado, se establece un régimen especial para los casos de adolescentes mayores de 15 y menores de 18 años y cuando se trate de una serie de infracciones establecidas a texto expreso en el artículo 116 bis. En esos casos, además de determinarse la preceptividad de la privación cautelar de libertad hasta el dictado de la sentencia definitiva, se establece un mínimo para las medidas socioeducativas privativas de libertad, que tendrán una duración no inferior a los veinticuatro meses para un grupo de delitos y no inferior a los doce meses para otras infracciones, también enumeradas en la norma. La determinación de la severidad de la sanción tiene en cuenta, como un factor determinante, la edad del adolescente, en tanto es una de las condiciones para que sea aplicable el régimen especial mencionado.

Es oportuno recordar que, si bien en general la medida de privación de libertad tiene una duración máxima de cinco años, en los casos de homicidio intencional agravado y muy especialmente agravado (artículos

311 y 312 del Código Penal), violación (artículo 272 del Código Penal) y abuso sexual especialmente agravado (artículo 272 ter del Código Penal), la medida de privación de libertad tendrá una duración máxima de diez años. No se realiza en esta norma una consideración específica de la edad del adolescente, sino únicamente de los delitos que permitirían duplicar el parámetro máximo de la privación de libertad.

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

El espacio de discrecionalidad del tribunal en lo que refiere a la imposición de una medida cautelar o de una sanción privativa de libertad en algunos casos queda determinado en forma absoluta por el legislador, atendiendo a una serie de parámetros, entre los cuales se incluye al tipo delictivo perpetrado.

El legislador –a partir de la segunda y tercera etapa de la evolución normativa antes referida– no ha establecido reglas de proporcionalidad flexibles, una tipo de solución que podría permitir una consideración de la culpabilidad del adolescente y una mayor discrecionalidad por parte de los tribunales.

Lo contrario ocurre en el caso de la tentativa y complicidad en el delito de hurto. En esos casos, la normativa establece que corresponde la aplicación de medidas socioeducativas no privativas de libertad. Esta es la única hipótesis en la que el Código estaría excluyendo la imposición de sanciones privativas de libertad para esos casos. Esto implica considerar que se trata de infracciones que no son suficientemente graves para la imposición de ese tipo de sanciones. Es importante expresar que la criminalización de esas conductas no se encontraba originariamente en el CNA, en tanto fue producto de las reformas de la segunda etapa antes referida. En efecto, hasta la aprobación de la Ley N° 18.777, en 2011, el CNA preveía algunos límites a la intervención punitiva sobre los adolescentes, descriminalizando algunas conductas, como es el caso de la tentativa y la complicidad en las infracciones que eran consideradas por el propio código como graves (López *et al.*, 2017).

Este tipo de soluciones podrían considerarse conforme a los Estándares Comunes, en el marco de la discusión sobre la aplicación del principio de aplicación excepcional de la privación de libertad, consagrado por la CDN, que 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.

Como consecuencia, los estudios sobre las prácticas judiciales han observado un alto porcentaje de casos en los que se dispone la privación de la libertad de los adolescentes (Duarte, 2017; Palummo, 2010). Las situaciones relevadas en los expedientes judiciales culminan con una sentencia de privación de la libertad en el 52,6% de los casos y el 1,1% en la condena al régimen de semilibertad. En consecuencia, de los adolescentes que son sentenciados en la capital, más de la mitad terminan recluidos en un centro de la justicia juvenil (Duarte, 2017).

En cuanto al tiempo de reclusión, se observa que ha existido un fuerte incremento de los tiempos de reclusión de los adolescentes.

En los años 2005, 2006 y 2007 los adolescentes privados de su libertad que estaban recluidos como máximo seis meses representaban el 60,3%, el 64,4% y el 58,8% respectivamente, y las sanciones que superaban el año correspondían al 15,9% en 2005, al 6,8% en 2006 y al 10,6% en 2007. A partir del año 2009 se observa un incremento de la duración de la privación de la libertad: aproximadamente la mitad de los casos reciben sanciones que superan los seis meses. En los años subsiguientes esta distribución se sostuvo, con pequeñas variaciones. Sin embargo, a partir de las leyes aprobadas en 2011 y 2012 se incrementaron fuertemente las sanciones privativas de libertad que superan los 12 meses. En la serie temporal considerada hasta el 2012, los casos que recibieron penas superiores a los 12 meses se encontraban en el entorno del 10%, con máximos en el entorno del 16%, mientras que en el 2013 estos casos alcanzaron el 64,4%. Esta fuerte variación requiere nuevos relevamientos que confirmen si los casos de este año se encuentran afectados por alguna particularidad o son el reflejo de la aplicación de la nueva normativa. En contrapartida, las sanciones de entre uno y tres meses tuvieron tan solo el 1,7% en el 2013, cuando en el 2005 correspondían al 23,8% de los casos. De este modo, si se toman los primeros años relevados y el último, se advierte que la distribución temporal de la privación de la libertad sufrió fuertes transformaciones. Mientras que en el 2005, 2006 y 2007, de cada diez jóvenes privados de su libertad, cuatro tenían penas superiores a los seis meses, en el 2013 prácticamente nueve de cada diez adolescentes son sancionados con penas mayores de seis meses, y seis de cada diez son recluidos más de un año (Duarte, 2017, p. 26).

El impacto del régimen especial de la Ley N° 19.055, junto con el hecho de que la rapiña constituye el delito más usual en la justicia penal juvenil de la ciudad de Montevideo, se presentan como las causas más probables de esta importante variación.

Proporcionalidad de la medida cautelar

De acuerdo a los Estándares Comunes, la imposición de medidas cautelares privativas de libertad, como la internación provisoria, 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. El carácter excepcional de la prisión preventiva en el caso de los adolescentes se encuentra reconocido en múltiples normas internacionales.

La justificación de estas medidas debe ser considerado tomando en consideración 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.

En cuanto al régimen de medidas cautelares, como se verá, un aspecto especialmente relevante en el diseño normativo vigente es la gravedad de las infracciones respecto de las cuales los adolescentes son sometidos al proceso. Esto se puede verificar con relación al tipo de medida que preceptivamente se debe imponer y su extensión máxima.

Un primer aspecto para mencionar es que, en el marco de las reformas de la tercera etapa, fueron derogadas las medidas cautelares específicas establecidas por el CNA, en tanto ahora son de aplicación las establecidas en el artículo 221 del Código del Proceso Penal. También es aplicable esta norma procesal penal general para establecer los requisitos para disponer la prisión preventiva, los que, en principio, estarían dados por la existencia de elementos de convicción suficientes para presumir que intentará fugarse, ocultarse o entorpecer de cualquier manera la investigación o que la medida es necesaria para la seguridad de la víctima o de la sociedad. Se establece, además, que el riesgo de fuga, el ocultamiento, el entorpecimiento de la investigación, así como el riesgo para la seguridad de la víctima y de la sociedad, se presumirá cuando el Ministerio Público imputare una serie de delitos enumerados en el artículo 224.2 del Código del Proceso Penal.

Además, de acuerdo con el artículo 76 D) del CNA, la privación de libertad como medida cautelar procederá siempre en los procesos iniciados por la presunta comisión de las infracciones previstas en el artículo 116 bis

de dicho código hasta la sentencia definitiva. En las infracciones gravísimas no previstas en el artículo 116 bis referido, la internación como medida cautelar no será preceptiva y, cuando se dispusiera, no podrá superar los 150 días,⁶ mientras que en las infracciones graves la internación como medida cautelar no podrá superar los 60 días.

Durante la primera etapa del CNA, las medidas cautelares privativas de libertad solo pueden aplicarse si la infracción que se imputa al adolescente puede ser objeto en definitiva de una medida privativa de libertad, lo cual fue derogado en el marco de las reformas normativas de la segunda etapa.

En la práctica judicial, en forma habitual se ha observado un uso de las medidas cautelares privativas de libertad (Duarte, 2017; López & Palummo, 2013; Palummo, 2006, 2009, 2010), alcanzando al 80% del total de los casos en la ciudad de Montevideo (Duarte, 2017).

Proporcionalidad entre la sanción y las circunstancias del adolescente

La valoración de las circunstancias de los adolescentes ha dado lugar a diferencias sustantivas en las prácticas judiciales. Por ejemplo, con relación a las acusaciones fiscales se ha mencionado que si bien

[...] no forman una parte primordial de la labor de los fiscales, los datos sociales ingresan a las fundamentaciones de las acusaciones de diferente forma. En algunos casos directamente para agravar el reproche penal, siendo escasos los casos en que la vulneración de los derechos del joven se vincula a una disminución del reproche, es en este punto donde la vinculación entre culpabilidad y vulnerabilidad se presenta como problemática (Díaz, 2014, p. 77).

La circunstancia de que el adolescente haya perpetrado delitos con anterioridad es tomada especialmente en cuenta en el régimen vigente. Se encuentra prevista, en el artículo 116 del CNA, además de la unificación de las medidas impuestas, la creación de un Registro Nacional de Antecedentes Judiciales de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, con dos secciones, una primera con los antecedentes de los delitos de violación,

⁶ En cuanto a la duración máxima de las medidas cautelares privativas de libertad, ha operado una intensa transformación en el marco de las reformas normativas. Hasta que fue aprobada la Ley N° 18.777, de 15 de julio de 2011, estas medidas en ningún caso podían durar más de 60 días. La norma mencionada elevó el plazo a 90 días en los casos de infracciones gravísimas a la ley penal establecidos en el artículo 72 del propio código. Transcurridos estos plazos sin que se haya dictado sentencia de primera instancia, se debía dejar en libertad al adolescente; tal como se ha visto, el plazo actual más breve alcanza los 150 días.

rapiña, copamiento, secuestro y homicidio doloso o ultraintencional, y una segunda sección, que contendrá todas las demás infracciones.

Por su parte, el artículo 222 del Código si bien establece como principio que la información relativa a niños y adolescentes no podrá ser utilizada como base de datos para el rastreo de los mismos, una vez alcanzada la mayoría de edad, luego dispone que ello no es de aplicación cuando el adolescente en conflicto con la ley haya sido penado por los siguientes delitos: violación, abuso sexual, abuso sexual especialmente agravado, privación de libertad, rapiña, rapiña con privación de libertad, copamiento, homicidio intencional, lesiones graves o gravísimas, o delitos previstos en la ley de estupefacientes, en los que se conservarán los antecedentes a los efectos de que, una vez alcanzada la mayoría de edad, si volviera a cometer otro delito a título de dolo como mayor, no puede ser considerado primario, computándose la agravante de la reincidencia, no obstante haber transcurrido tres quintas partes del plazo previsto en el numeral 1) del artículo 48 del Código Penal; contando desde la mayoría de edad, este será considerado primario legal.

Un aspecto a considerar en el análisis, teniendo en cuenta las prácticas judiciales, es que, según estudios recientes en los casos donde figuran antecedentes judiciales en los juzgados de la ciudad de Montevideo, la privación de la libertad alcanza al 68,3% de los casos (Duarte, 2017, p. 35).

La imposición de sanciones: idoneidad y proporcionalidad

El análisis de idoneidad es mencionado; se encuentra previsto explícitamente en los artículos 79 (medidas a aplicar), 85 (medidas complementarias) y 94 (sustitución o modificación de medidas) del CNA. Pero su aplicación se encuentra constreñida en el caso de que sea de aplicación el régimen especial del artículo 116 bis.

También la exigencia de proporcionalidad se encuentra establecida en forma explícita en los artículos 79 (medidas a aplicar) y 85 (medidas complementarias) del CNA. Pero más allá de los criterios establecidos para la no utilización de la privación de libertad en los casos de tentativa y complicidad en el delito de hurto, o de utilización preceptiva en la hipótesis del régimen especial del artículo 116 bis del Código, no existen criterios específicos de aplicación de este principio. La labor de la jurisprudencia con relación a estos aspectos también se ha ido limitando, en especial por la supresión de la apelación automática de las sentencias condenatorias de primera instancia con penas privativas de libertad mayores de un año,

lo que permitía a los dos tribunales de apelaciones con competencia en la materia a nivel nacional estandarizar criterios de aplicación del principio de proporcionalidad, tal como ha sido la práctica regular de los mismos.⁷

No existen criterios explícitos en la normativa de fuente nacional para la selección entre sanciones no privativas de libertad que se encuentran previstas en el artículo 80 del Código. Lo que se ha establecido son límites máximos de duración de algunas de las medidas. *Así*, por ejemplo, la orientación y apoyo mediante la incorporación a un programa tiene un plazo máximo de un año; la observancia de reglas de conducta, como la prohibición de asistir a determinados lugares o espectáculos, debe ser establecida por un período que no exceda de seis meses; la prestación de servicios a la comunidad tiene un máximo de dos meses, entre otros parámetros establecidos.

Tampoco existe en el CNA una norma que explícitamente establezca la prohibición de 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. Incluso los tribunales de apelaciones se han expedido con relación a la circunstancia del distinto tratamiento en cuanto a la imputación de delitos a un adulto y un adolescente. En ese caso, se ha expresado que

[e]llo es fruto de la prohibición de la aplicación del proceso abreviado al de adolescentes [...]. La solución del Estado uruguayo en ese sentido puede ser cuestionable desde el punto de vista doctrinal, en tanto priva del proceso abreviado a los adolescentes y se producen contradicciones como las del caso, en que un adulto es imputado por dos hechos, mientras su compañero de igual actividad criminal que está considerada probada en autos, es imputado de cuatro.⁸

⁷ En la práctica es usual que los tribunales de apelaciones establezcan criterios jurisprudenciales en los que relacionan el delito con el tiempo de duración de las medidas, citando sentencias anteriores del propio tribunal o incluso del otro tribunal con competencia nacional en la materia. Ver en ese sentido: Tribunal Apelaciones Familia 2ºT, sentencia 184/2019, de 9/10/2019.

⁸ Tribunal Apelaciones Familia 2ºT, sentencia 125/2019, de 7/08/2019. Con posterioridad a esta sentencia, fue dictada la Ley Nº 19.889, de 9 de julio de 2020, que regularía la “procedencia del proceso abreviado para adolescentes” para los casos de infracciones a la ley penal, “con excepción de las infracciones gravísimas previstas en el artículo 72 del Código de la Niñez y la Adolescencia”, agregando dicha norma al Código del Proceso Penal un artículo 273 bis, que regula dicha procedencia.

En este caso, el tribunal se limita a plantear una solución *de lege ferenda*, considerando que sería deseable una adecuada coordinación entre fiscalías a efectos de despejar cualquier circunstancia que perjudique indebidamente a uno u otro imputado, más cuando el más perjudicado, respecto de un adulto, es un adolescente. Para luego afirmar, de todas formas, que lo actuado por la fiscalía estuvo “conforme a derecho, en el marco legal y con entera independencia”.⁹

Revisión judicial de la sanción durante su ejecución

El régimen establecido por el CNA no establece el deber de que los adolescentes respecto de los cuales se han dispuesto sanciones penales cuenten 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, de acuerdo con los Estándares Comunes. Asimismo, conforme estudios realizados sobre expedientes judiciales, tampoco existe la práctica desarrollar planes individuales con esas formalidades (Duarte, 2017).

En cuanto al desarrollo e integración social del adolescente durante la ejecución de las sanciones y la sustitución o término anticipado de la sanción, el CNA permite tanto la posibilidad de cese cuando se compruebe que la medida cumplió su finalidad, o la sustitución o modificación cuando la medida dispuesta ya no resulte idónea. Pero esas posibilidades, previstas en el artículo 94 del CNA, no serían aplicables en los casos comprendidos en el régimen especial del artículo 116 bis del mismo código. Ello, además, está planteado como un derecho del adolescente que debe promover a través de su defensa; no está prevista la revisión de oficio de la sanción.

Además, como se ha expresado conforme el artículo 116 bis mencionado, el adolescente infractor, una vez ejecutoriada la sentencia de condena, puede solicitar la libertad anticipada, siempre y cuando haya cumplido efectivamente un mínimo de privación de libertad y, a su vez, superar la mitad de la pena impuesta.

Los Estándares Comunes expresan que 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

⁹ Tribunal Apelaciones Familia 2ºT, sentencia 125/2019, de 7/08/2019.

no debe llevar a modificar la sanción, si no hay indicios claros de que el plan de cumplimiento ha fracasado en sus objetivos.

Este tipo de previsiones se encuentran ausentes en el CNA, que por el contrario parecería favorecer una práctica divergente con dicho principio, tanto por la remisión genérica a la normativa penal común como por algunas disposiciones referidas a la unificación de medidas de diferente naturaleza en el artículo 115 y las previsiones para los casos de infracciones reiteradas del artículo 116.

En el mismo sentido, el incumplimiento de una medida establecida por el tribunal es, según el artículo 89 del CNA, un motivo de aplicación de las medidas privativas de libertad. Esto no opera de forma automática, por lo que podrían considerarse los aspectos considerados en los Estándares Comunes; no obstante, no se trata de aspectos desarrollados en la norma referida. Además, existe la práctica judicial de establecer que una consecuencia del incumplimiento de una medida no privativa de libertad es la imposición del encierro, en los casos en los que se resuelve la sustitución de la privación de libertad, lo que se hace “bajo apercibimiento de revocación para que culmine la ejecución privado de libertad en caso de incumplimiento”.¹⁰

Obtención y uso de información sobre las circunstancias del adolescente

En el artículo 76 C) del CNA se ha previsto la generación de información sobre las circunstancias del adolescente, algunas de las cuales son preceptivas, como es el caso del testimonio de la partida de nacimiento del adolescente o en su defecto de su cédula de identidad. Además, el artículo refiere a la producción, culminada la audiencia de formalización, de un informe técnico con una evaluación médica, psicológica, socioeconómica, familiar y educativa.

En la práctica es usual, además, que, desde las instituciones a cargo de las medidas y sanciones, se vayan elaborando e incorporando a los expedientes informes que dan cuenta de la aplicación de dichas resoluciones. Todo sin perjuicio de la obligación de los establecimientos de informar cada tres meses sobre el cumplimiento de la medida y la evolución del adolescente en los casos de privación de libertad.

¹⁰ Tribunal Apelaciones Familia 2ºT, sentencia 170/2019, de 7/08/2019.

Tal como surge de lo expresado, no se encuentra prevista la separación o cesura del proceso. lo que podría ser relevante para evitar prejuicios que información sobre la vulnerabilidad u otras circunstancias del adolescente 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 de la justicia en la vida del adolescente.

No consta en la normativa la exigencia de que las entrevistas o evaluaciones a que sea sometido el adolescente para generar la información relativa a sus circunstancias, necesaria para determinar la sanción, sean practicadas previa notificación y con presencia de su defensor o defensora.

SEGUNDA PARTE: CASOS PRÁCTICOS

Juan (1)

La circunstancia de que Juan ha reiterado en numerosas ocasiones conductas similares no tiene normativamente otra consecuencia –si correspondiere– que el desarrollo de un proceso de unificación de medidas de diferente naturaleza. Este proceso, de acuerdo con el artículo 116 del CNA, se realizará en vía incidental por el juez letrado de adolescentes que hubiere entendido en la última infracción.

En la práctica, los antecedentes tienen un papel relevante; así lo han evidenciado diferentes estudios (Duarte, 2017; López *et al.*, 2017; López & Palummo, 2013; Palummo, 2010). No solo los antecedentes judiciales, sino incluso los administrativos de carácter policial. El parte policial –que es el documento inicial sobre el cual se inician las actuaciones– debe contener lo indispensable para describir los hechos. Esto excluiría la información sobre los antecedentes policiales, anotaciones o entradas de los adolescentes. Sin embargo, es algo que se ha registrado (López *et al.*, 2017). Otros estudios han profundizado sobre este aspecto, lo que podría dar indicios de la incidencia que tendría la circunstancia de que un adolescente tuviera antecedentes con relación a las medidas que se adoptan. Tal como surge de un estudio, en los casos donde figuran antecedentes judiciales la privación de la libertad (sea como medida cautelar o socioeducativa) alcanza al 68,3% de las sentencias; cuando no hay antecedentes, el porcentaje es del 46,7 de los casos (Duarte, 2017, p. 35).

Las circunstancias personales, así como la baja gravedad (en términos muy relativos, dado que el CNA en el artículo 72 califica al hurto dentro de la categoría de infracciones graves a la ley penal) del delito por el cual se le condenó, pueden ser consideradas; no obstante, normativamente no

impiden la imposición de una medida privativa de libertad. Pero más allá de consideraciones normativas, en la práctica judicial se ha registrado el uso de la privación de libertad en el 34,1% de los casos de hurto (Duarte, 2017, p. 37).

En el caso del régimen vigente, encontramos que en especial a partir de las reformas normativas operadas con la Ley N° 19.889, de 2020, se han fortalecido los criterios del derecho penal común para determinar la gravedad del delito perpetrado y las sanciones, en especial las circunstancias que eximen de la aplicación de medidas o que aminoren o agraven el grado de las infracciones y el concurso de infracciones e infractores. Es recién luego de mencionar todos esos aspectos que el artículo 73 del CNA incluye en forma genérica la condición de adolescentes, sin establecer parámetros específicos. Esto implicaría reconocer que no existe una centralidad de la culpabilidad individual del adolescente a la hora de establecer la respuesta judicial. El estudio antes referenciado ha sido muy explícito al considerar que:

Uno de los hallazgos de este trabajo es que, independientemente de sus actos, un adolescente que no estudia ni trabaja, con educación primaria incompleta, que vive con personas que no son sus familiares sanguíneos, que según el parte policial tiene una relación problemática con las drogas y que ya había tenido contactos previos con la justicia, tiene altísimas probabilidades de ser recluido en un centro de privación de la libertad al ingresar al sistema penal juvenil (Duarte, 2017, pp. 40-41).

Este tipo de consideraciones dan cuenta de una importante discrecionalidad en los casos comprendidos en el régimen común, dado que únicamente la tentativa y complicidad en el delito de hurto estarían normativamente excluidas del uso de la privación de libertad. Así, conforme la práctica judicial:

[s]i bien en este caso por tratarse de un delito de hurto calificado dentro de las infracciones graves a la ley (art. 72 CNA) no es preceptivo que la pena a aplicar sea privativa de libertad, ello no implica que no exista una brecha entre los *Estándares Comunes* en el ordenamiento jurídico uruguayo. En aquellos delitos calificados como gravísimos, el tribunal no cuenta con discrecionalidad para aplicar una sanción proporcionada de acuerdo con las circunstancias concretas del caso (Dra. Marielen Moreira Olarán, investigadora).

En la hipótesis de que el tribunal decidiese imponer una sanción no privativa de libertad y orientada a la inserción social de Juan: en relación con la intervención socioeducativa que ya se encontraba en curso en el

momento de los hechos, correspondería aplicar el artículo 115 del Código, relativo a la unificación de medidas, así como el artículo 116, que refiere a las infracciones reiteradas. Allí se prevé que los procesos se tramitarán por el juez competente de cada una hasta la sentencia ejecutoriada, sin perjuicio de la unificación de las medidas impuestas, la que se realizará en vía incidental por el juez letrado de adolescentes que hubiere entendido en la última infracción.

El estándar que establece que la circunstancia de que un adolescente que ya se encuentra cumpliendo una sanción no privativa de libertad 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, no se encuentra recogido en la normativa vigente ni en la práctica judicial. La nueva infracción motivará el inicio de un nuevo proceso independiente, respecto del cual incluso puede ser competente un tribunal diferente al actuante en las infracciones que constituyen los antecedentes. La relación entre las diferentes medidas y sanciones adoptadas en los diferentes procesos será tenida en cuenta, tal como se ha expresado en el marco del proceso incidental de unificación de medidas.

Por otro lado, con relación al incumplimiento de las medidas no privativas de libertad y su efecto, la solución normativa del CNA establece que se trata de una circunstancia que puede justificar la imposición de la privación de libertad, lo que no ocurriría en forma automática, sino en el marco de una resolución que tomará en consideración todas las resultancias del proceso.

También, como se ha visto, en los casos de sustitución de una medida privativa de libertad por una no privativa de libertad, en la práctica judicial, es usual que se establezca que dicho incumplimiento tiene como consecuencia retrotraer la situación al estadio anterior. Esto es, el regreso del adolescente al régimen de privación de libertad. Además, la regulación vigente hace una especial referencia a la posibilidad de que este tipo de medidas, como la libertad asistida, sean revocadas o sustituidas conforme lo dispuesto en el artículo 84 A) del Código.

Es posible observar, en términos generales, que existen múltiples brechas entre los Estándares Comunes y la normativa establecida a nivel nacional, además de con las prácticas judiciales. La idea de que las personas menores de edad se encuentran en una situación especial frente a las normas penales, si bien se materializa en el establecimiento de una justicia de adolescentes especializada, una normativa específica y parámetros propios, el régimen vigente la asigna al tipo de delito, su gravedad y el resultado una especial

relevancia a la hora de configurar la respuesta. Esto tiene evidentes impactos al pensar los criterios de idoneidad y necesidad de la sanción privativa de libertad en cada caso concreto, así como las circunstancias de reiteración delictiva, concursos de delitos o incumplimiento de las sanciones.

Pedro (2)

En el régimen vigente no está previsto un registro de antecedentes de intervenciones del sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes (que se encuentra a cargo de la justicia de familia), así como tampoco está previsto el desarrollo de una indagación específica sobre este particular. En algunos casos, y en la práctica, es posible que surjan intervenciones anteriores en informes que pudieren incorporar organismos administrativos, siendo el caso que se ha documentado los informes sobre anotaciones, intervenciones y detenciones policiales. Pero, en esa situación, se informaría el registro de la actuación administrativa referida a ese antecedente, y no el contenido, y menos aún el contenido del expediente judicial que se hubiere iniciado en el marco del sistema de protección.

El CNA no efectúa una regulación exhaustiva con relación a la información pertinente para diversas decisiones en distintas fases del proceso. Existe en el artículo 76 C) la previsión de la elaboración, luego de la audiencia de formalización, de un informe técnico, el cual deberá realizarse en un plazo máximo de 15 días e incluirá una evaluación médica, psicológica, socioeconómica, familiar y educativa del adolescente. También es posible la realización de otros informes: en el marco de la evaluación de si corresponde iniciar un proceso en el caso de “acciones u omisiones culposas consumadas, cometidas en calidad de autor, coautor” de acuerdo con el artículo 69 del Código;¹¹ en el marco de la ejecución de las medidas; para realizar una evaluación de la “peligrosidad manifiesta” del adolescente conforme el artículo 91 del CNA; o en las audiencias si es que así se ordena, entre otras posibilidades. Todo, además, más allá de que existe la obligación de que las autoridades de los establecimientos de internación informen cada tres meses al juez sobre la forma en que se cumple la medida y la evolución del adolescente según dispone el artículo 101 del Código. De acuerdo con

¹¹ El CNA exige para estos casos que el tribunal reúna los elementos de convicción suficientes, fundados exclusivamente en el desarrollo de la personalidad psicosocial del infractor, avalado por un equipo técnico, que permita concluir que el adolescente disponía la capacidad cognitiva para evaluar las posibles consecuencias de su obrar.

lo expresado es claro que la información relativa a las circunstancias del adolescente es aportada inicialmente, en la fase inmediata posterior a la audiencia de formalización, antes de la decisión sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

En cuanto a la realización de una entrevista psicológica como la planteada en el caso, se enmarcaría en el informe previsto en el artículo 76 C). En esa situación, no está prevista la posibilidad de que el defensor acompañe al adolescente ni existe una práctica en dicho sentido. Tampoco se encuentra reglada en el CNA la actuación de los profesionales que realizan los informes sobre la situación de los adolescentes. Los límites, en todo caso, pueden estar establecidos en normas profesionales ajenas a la regulación del proceso. Tampoco es posible identificar una única modalidad de ese tipo de informe; existe una importante variación entre las formas y los contenidos de los mismos.

Esto determina que las entrevistas o evaluaciones a las que sea sometido el adolescente para generar la información relativa a sus circunstancias, por ejemplo a cargo de psicólogos, pueden contener información que sea brindada por el adolescente e impliquen su autoincriminación en violación a los Estándares Comunes. Esto determinaría que el equipo técnico que realiza la evaluación al adolescente al tomar conocimiento del anterior episodio de violencia protagonizado por Pedro, por ejemplo, a través del relato del adolescente, y podrían consignarlo en su informe (Dra. Marielen Moreira Olarán, investigadora).

En consideración a la posibilidad de las partes de ejercer un control sobre estos informes, corresponde mencionar que este es un aspecto que tradicionalmente ha generado conflictos (Palummo, 2010). Según el artículo antes mencionado, se trata de un informe que debe ser realizado dentro plazo máximo de 15 días. Mientras que, desde la notificación del auto que admite la solicitud fiscal de formalización de la investigación, el Ministerio Público tiene un plazo de 30 días, perentorios e improrrogables, para deducir acusación o solicitar el sobreseimiento. Deducida la acusación, se dará traslado a la defensa, quien tendrá un plazo de 30 días, perentorios e improrrogables, para contestar la acusación y ofrece prueba.

En la hipótesis planteada de dolo eventual, sin antecedentes previos de conductas similares en el contexto de una situación de *bullying*, es claro que, de acuerdo con el *régimen del CNA*, nos encontramos ante una conducta respecto de la cual se puede iniciar un proceso penal juvenil, y toda consideración respecto de la provocación por una situación de *bullying*,

más allá de la referencia genérica a la 5, “la condición de adolescentes y los presupuestos de perseguibilidad de la acción”, se regulan por la legislación penal común relativa a las circunstancias que eximen de la aplicación de medidas o que aminoren o agraven el grado de las infracciones. En la jurisprudencia reciente es posible identificar el uso de la privación de libertad en casos de homicidios que son castigados a título de dolo eventual por el término de dos (2) años y cinco (5) meses con descuento de la cautelar cumplida, sin perjuicio de su modificación, sustitución o cese anticipado.¹²

En caso de que los antecedentes psiquiátricos fuesen tomados en cuenta por el equipo técnico y que, además, nuevos informes técnicos y elementos determinaran trastornos de la salud mental, el juez podrá recurrir al régimen de medidas curativas previstas en el art. 106 del CNA en protección de la salud mental del adolescente. Ello implica que la medida se cumplirá en un establecimiento adecuado y separado de los adultos mayores, según lo que establece la norma. En ambos casos, las medidas curativas y socioeducativas privativas de libertad se cumplirán en establecimientos cerrados, siendo inevitable la internación del adolescente (Dra. Marielen Moreira Olarán, investigadora).

En términos generales, de considerarse el caso enmarcado dentro del régimen especial del artículo 116 bis, tal como se ha expresado, es preceptiva la privación de libertad tanto cautelar como en la sentencia, condicionándose incluso la posibilidad de libertad anticipada. En el caso de que el tribunal entienda que se encuentra el caso dentro del régimen especial antes mencionado, el espacio para la consideración de las circunstancias personales se encuentra limitado por las características de este régimen.

Tal como se ha planteado, existen múltiples brechas entre el régimen vigente y los Estándares Comunes. El régimen especial referido implica una respuesta uniforme con mínimos de castigo preestablecidos que determinan las decisiones posibles. El espacio para considerar la culpabilidad del adolescente o desarrollar criterios tendientes a una mayor comprensión de la adolescencia como fase de aprendizaje se encuentra especialmente reducido.

Silvia (3)

De acuerdo con el *régimen del CNA*, estaríamos frente a una adolescente comprendida en el régimen especial de su artículo 116 bis, tanto por la edad

¹² Juez Letrada de Primera Instancia de Adolescentes de 4ªT, sentencia definitiva N° 66/2019, de 23/12/2019.

en la que se desarrollan las conductas como por el tipo de conducta que, conforme a la legislación penal, correspondería al tipo penal rapiña, que es una de las infracciones gravísimas incluidas en el artículo 72 del Código.

El régimen especial es de aplicación para los casos de adolescentes mayores de 15 y menores de 18 años y cuando se trate de una serie de infracciones establecidas a texto expreso en el artículo 116 bis del CNA –donde se hace referencia al elenco de infracciones gravísimas del artículo 72–. En esos casos, además de determinarse la preceptividad de la privación cautelar de libertad hasta el dictado de la sentencia definitiva, se establece para las medidas socioeducativas privativas de libertad que las mismas tendrán una duración no inferior a los 24 meses para un grupo de delitos y no inferior a los 12 meses para otras infracciones (aquí se encuentra la rapiña), también enumeradas en la norma.

De conformidad con el mismo régimen especial, la persona adolescente, una vez ejecutoriada la sentencia de condena, puede solicitar la libertad anticipada, siempre y cuando haya cumplido efectivamente los mínimos de privación de libertad referidos en el párrafo anterior y, a su vez, superare la mitad de la pena impuesta.

Por último, de acuerdo con el artículo 94, el derecho del adolescente a promover la sustitución, modificación o cese de la medida socioeducativa dispuesta por sentencia se encuentra establecido sin perjuicio de la aplicación del régimen especial del artículo 116 bis, antes mencionado.

Todo esto implica que el defensor no se encuentra en condiciones de solicitar sustitución ni cese de la medida transcurrida una quinta parte del tiempo de su sanción. El tribunal, en consecuencia, rechazará la solicitud por no ajustarse a los parámetros legales. No existen prescripciones legales en el Código que permitan flexibilizar el régimen más allá de la posibilidad teórica de plantear la aplicación de estándares del derecho internacional de los derechos humanos en relación con algunos aspectos de la regulación, lo que se encuentra lejos de ser una práctica usual de los operadores judiciales locales. En el caso del régimen vigente en el CNA, no sería probable que la solicitud tuviera como efecto regular la sustitución de la medida privativa de libertad impuesta.

Sí sería posible, por encontrarse dentro de los límites discrecionales establecidos por los artículos 99, 100 y 101, solicitar que sean modificadas las condiciones de ejecución, sin poner término a la internación. Además, las nuevas circunstancias pueden tener un impacto en los objetivos y condiciones del plan de ejecución de la sanción. Pero ello no a causa de la regulación

legal, sino del trabajo de los profesionales en el marco de la ejecución de las medidas y sanciones. El régimen fijado en el CNA no establece el deber de que los adolescentes respecto de los cuales se han dispuesto sanciones penales cuenten con un plan individual de cumplimiento, aprobado por el tribunal, que determine claramente sus objetivos, contenido, etapas y plazos de implementación, así como la autoridad o institución responsable de la ejecución, de acuerdo con los *Estándares Comunes*.

La existencia de brechas en este último caso es también muy evidente, de acuerdo con la normativa vigente y las prácticas judiciales, en particular cuando es de aplicación el denominado régimen especial de responsabilidad, que establece limitaciones respecto de la posibilidad de considerar las circunstancias de los adolescentes durante la ejecución de las sanciones, inclusive en lo que refiere tener en cuenta su desarrollo e integración social como aspecto primordial. La consecuencia de ello es el establecimiento de ciertos límites normativos que condicionan la sustitución o término anticipado de las sanciones.

REFERENCIAS

- CIDENI (2019). *Estándares comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales de adolescentes*. <http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/11/Estándares-comunes-para-Iberoamérica-determinación-sanciones-adolescentes-CIDENI.pdf>.
- CIDH (2011). *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*.
- COUSO, J., CILLERO, M., & CABRERA, M. (Eds.). (2019). *Proporcionalidad de la sanción penal de adolescentes. Estudio comparado y estándares comunes para Iberoamérica*. Thomson Reuters.
- DÍAZ, D. (2014). *La culpabilidad en el derecho penal juvenil y su vinculación con la determinación judicial de la pena* [Universidad de la República]. [https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/5479/1/Diaz%2C Daniel.pdf](https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/5479/1/Diaz%2C%20Daniel.pdf).
- DUARTE, M. (2017). *Privación de libertad en adolescentes: Análisis de las prácticas judiciales en Montevideo*. Fundación Justicia y Derecho, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF.
- GONZÁLEZ-LAURINO, C. (2020). “Reformas que se parecen a sí mismas en el sistema penal juvenil uruguayo”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales Niñez y Juventud*, 18(3), 1-22. <https://doi.org/10.11600/1692715x.18306>.

- GONZÁLEZ LAURINO, C., & LEOPOLD COSTÁBILE, S. (2018a). *Criminalización y castigo. Los avatares de la cuestión penal juvenil en Uruguay*. Ediciones Fin de Siglo, CSIC, UDELAR.
- GONZÁLEZ LAURINO, C., & LEOPOLD COSTÁBILE, S. (Eds.). (2018b). *Marcha atrás. Reformas legislativas al Código de la Niñez y la Adolescencia en Uruguay*. Grupo de Estudios sobre Infracción Adolescente UDELAR, Casa Bertolt Brecht.
- LÓPEZ, A., MACAGNO, M., & PALUMMO, J. (2017). *Prácticas judiciales en los procesos infraccionales a adolescentes. Maldonado, Montevideo, Paysandú y Salto. 2005-2013*. Fundación Justicia y Derecho, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF.
- LÓPEZ, A., & PALUMMO, J. (2013). *Delincuencia juvenil en la ciudad de Montevideo*. Fundación Justicia y Derecho, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF.
- MORÁS, L. E. (2019). “Más allá de las ideologías: sistema juvenil y consenso punitivo en Uruguay”. *Boletín Criminológico*, 25. <https://doi.org/10.24310/Boletin-criminologico.2019.v25i2019.6834>.
- MORLACHETTI, A. (2013). *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*.
- PALUMMO, J. (2006). *Discurso y realidad: Informe de aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en Maldonado, Montevideo y Salto*. UNICEF Uruguay, Movimiento Nacional Gustavo Volpe.
- PALUMMO, J. (2009). *Discurso y realidad: Segundo informe de aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en Maldonado, Montevideo y Salto*. UNICEF Uruguay, Movimiento Nacional Gustavo Volpe.
- PALUMMO, J. (2010). *Justicia penal juvenil. Realidad, perspectivas y cambios en el marco de la aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en Maldonado, Montevideo, Paysandú y Salto*. Fundación Justicia y Derecho, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF.
- PALUMMO, J., PEDERNEIRA, L., SILVA, D., SALSAMENDI, J., & URIARTE, C. (2004). “El proceso de reforma legislativa en el Uruguay”. En E. García Méndez & M. Beloff (Eds.), *Infancia, ley y democracia en América Latina, tomo II* (Tercera ed). Editorial Temis S.A.

SEGUNDA PARTE - PERSPECTIVA
COMPARADA

PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES.
PERSPECTIVA COMPARADA - JAIME COUSO SALAS

INTRODUCCIÓN

Siguiendo la metodología de una *comparación jurídica basada en casos*, los informes nacionales permiten contrastar la forma en que diversos sistemas de justicia penal de adolescentes de Iberoamérica resolverían problemas paradigmáticos, en este caso, en relación con la determinación de la sanción penal. Para ello, los casos plantean dos situaciones especialmente interesantes por los problemas que relevan desde el punto de vista de las exigencias de proporcionalidad de la sanción: i) la de un adolescente (Pedro) que perpetra un delito muy grave en relación con el desvalor del resultado, pero menos grave si se atiende al desvalor de la acción y a circunstancias que aminoran la culpabilidad, y quien, además, cuenta con condiciones familiares y sociales ventajosas y promisorias; y ii) la de un adolescente (Juan) que perpetra un delito de menor gravedad, pero que cuenta con numerosos antecedentes penales previos por su intervención en otros delitos y quien, además, vive en condiciones de gran vulnerabilidad y precariedad socioeconómica y familiar.

Los casos, como se ve, permiten examinar en qué medida los distintos ordenamientos jurídicos estudiados, en su funcionamiento real, estimado por especialistas y operadores de la justicia juvenil de cada país, determinan la sanción penal de adolescentes de una forma consistente con los *Estándares Comunes para Iberoamérica* o, por el contrario, reflejan *brechas* relevantes respecto de ellos. Además, apoyándose en esos estándares como parámetro común –*tertium comparationis*–, el ejercicio permitirá comparar los diversos sistemas penales juveniles entre sí.

La información detallada sobre la forma en que cada ordenamiento jurídico resolvería los casos se puede consultar en los informes nacionales y, de forma sinóptica, en los cuadros comparativos elaborados a partir de ellos. En este capítulo se ensayan unas conclusiones que relevan las principales semejanzas y diferencias en las soluciones a las que llega cada informe nacional, y su cercanía o distancia (las *brechas*) con los *Estándares Comunes para Iberoamérica*, con un foco en los problemas planteados por los casos.

LÍMITES DE PROPORCIONALIDAD NEGATIVA PARA LAS SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Como una forma de dar cumplimiento a la exigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) de que la sanción guarde proporción con la infracción perpetrada (art. 40.4), los *Estándares Comunes para Iberoamérica* promueven el establecimiento de este tipo de límites, de modo que tipos de injusto penal de baja gravedad no puedan ser sancionados con privación de libertad, cualesquiera que sean las circunstancias relativas a la culpabilidad o a las condiciones personales, familiares o sociales del adolescente (Estándar 12, c). Bien es cierto que no definen cuál debe ser el límite; solo promueven que se fije uno, sea mediante la elaboración de un listado de delitos o el señalamiento de un mínimo de gravedad (típicamente, asociado a la pena con que la legislación penal común conmina cada delito). Una guía importante para establecer el límite debería ser el principio establecido por la CDN (art. 37.1) conforme al cual la privación de libertad debe ser “el último recurso”.

En el caso de Juan, si se atiende al tipo penal perpetrado, se trata de uno que afecta únicamente a la propiedad, sin comprometer la vida, salud, libertad o seguridad de las personas. Y si bien es cierto que algunos delitos contra la propiedad “calificados” o “agravados” son *pluriofensivos*, suponiendo también un peligro para las personas, ello depende de cuál es la circunstancia que los convierte en tales. Así, por ejemplo, no solo la violencia o intimidación efectiva en contra de las personas, sino también la circunstancia de que el hurto calificado (o “robo”) se perpetre al interior de una morada en la que se ha ingresado sin autorización, puede convertir al delito de hurto en un tipo *pluriofensivo*, pues en este segundo caso se produce un peligro relevante de encuentro con los moradores y de un enfrentamiento violento con los autores del delito. En cambio, en un robo en un local comercial al que se ha ingresado mediante fractura de un ven-

tanal de seguridad (con toda probabilidad, de noche, cuando se encontraba cerrado al público), no parece afectar de forma relevante otro bien jurídico que no sea la propiedad. Lo propio puede decirse de los otros dos delitos perpetrados por Juan, cuya sanción había recién comenzado a cumplirse –dos hurtos–, si las reglas de concursos y acumulación de sanciones exigen considerarlos en esta nueva condena.

Los ordenamientos jurídicos examinados tienen distintas soluciones a este respecto.

Todos ellos consideran reglas de proporcionalidad negativa, que limitan el uso de las sanciones privativas de libertad. Las reglas se han construido, en general, atendiendo a la gravedad abstracta del delito, sea a partir de un listado de delitos relativamente “graves” que admiten, de forma excluyente, ese tipo de sanciones (México) o, a la inversa, a partir de un listado de delitos que, por ser leves, no pueden ser sancionados con ellas (Uruguay); sea a partir de la indicación de una cuantía mínima de la pena señalada por la legislación penal común al delito (Costa Rica, Colombia), o bien a partir de una combinación de ambos factores (España). En un caso (Chile), la regla se asocia a la gravedad concreta del delito, definida a partir de la pena señalada por la legislación penal común al hecho, pero aplicando luego las reglas de determinación de penas del Código Penal. Además, en varios de los ordenamientos esas reglas diferencian el tratamiento de los adolescentes según el subgrupo etario en que se encontraban al momento de la perpetración del delito. Por último, en uno de los ordenamientos estudiados (Brasil) la regla de proporcionalidad negativa no se asocia a un listado de delitos ni a la pena señalada por la legislación penal común, sino a un criterio valorativo: perpetración de un delito con violencia o grave amenaza contra las personas o reiteración de otros delitos graves.

De acuerdo con los *Estándares Comunes para Iberoamérica*, es recomendable que la regla de proporcionalidad negativa atienda a la gravedad abstracta del injusto penal perpetrado; ello permitirá evitar que, para injustos penales que no se consideran lo suficientemente graves para ser sancionados con el encierro, la mera reiteración (de acuerdo con las reglas de los concursos de delitos) o la concurrencia de agravantes basadas en la culpabilidad, típicamente pensadas para adultos, terminen abriendo la puerta a una sanción que debe siempre ser el último recurso. Ahora bien, con independencia de si se sigue o no esa técnica en el diseño de la regla, el caso de Juan permite destacar su diverso rendimiento, sea por el alcance

de la exclusión de la sanción de encierro, ya en la propia definición legal, o bien por la forma en que se la aplica en la jurisprudencia de los tribunales.

Un primer grupo de países está representado por aquellos en que la regla sí supondría, para el caso de Juan, excluir por completo la posibilidad de una sanción privativa de libertad (Costa Rica y México) o, a lo menos, una en régimen cerrado (España y Chile), sanción que Juan únicamente podría llegar a sufrir en caso de incumplimiento de la sanción alternativa al encierro que se le imponga.

En un segundo grupo de países, el alcance de la regla de proporcionalidad negativa es muy limitado y no logra excluir la sanción de encierro para el delito perpetrado por Juan (Colombia y Uruguay), permitiendo entonces imponerla ante atentados contra la propiedad que no afectan de modo relevante un bien jurídico personal, como la vida, salud, seguridad o libertad. En otro país (Brasil), la regla se interpreta y aplica por la jurisprudencia –al definir delito “grave” para la hipótesis de reiteración de infracciones– con una amplitud tal (cualquier delito que para un adulto admita la pena de reclusión sería “grave”) que también permite la aplicación de ese tipo de sanciones para el delito perpetrado por Juan. Así, el escaso rendimiento de la regla de proporcionalidad negativa, en este segundo grupo de países, podría considerarse como una brecha con la propuesta de los *Estándares Comunes para Iberoamérica* para dar cumplimiento a la exigencia de la CDN de que la privación de libertad solo se utilice como último recurso.

CONSIDERACIÓN DE LA “REINCIDENCIA” EN LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

De acuerdo con los *Estándares Comunes para Iberoamérica*, “la circunstancia de que un adolescente haya perpetrado delitos con anterioridad no debe desempeñar papel alguno en la determinación de la sanción” (Estándar 16). Su consideración es especialmente grave si va a tener incidencia en la determinación de una sanción privativa de libertad, dado que la *reincidencia* no guarda ninguna relación con la proporcionalidad entre la sanción y el delito que ahora es objeto de condena. Pero tampoco merece ser considerada para determinar otro tipo de sanción, pues no es una circunstancia personal presente del adolescente, sino un hecho de su pasado, cuya consideración solo vendría a estigmatizarlo como un delincuente o infractor habitual o peligroso, como una marca permanente, dejando de verlo como una per-

sona en desarrollo, que puede ser apoyada para su inserción constructiva en la sociedad.

Uno de los ordenamientos examinados es especialmente sensible a estas consideraciones, por lo menos al nivel de las definiciones legales, y excluye explícitamente la posibilidad de tener en cuenta los antecedentes penales previos, así como cualquier pronóstico o juicio de peligrosidad (México, art. 156 LNSIJPA). Por ello, en el caso de Juan, su historial previo, de numerosas infracciones, no sería tenido en cuenta al determinar la sanción en ese ordenamiento.

El caso de México, con esa regla claramente excluyente de la reincidencia, parece ser la excepción entre los ordenamientos examinados, y es el único que se ajusta a los *Estándares Comunes para Iberoamérica* en esta materia.¹ Los demás, o bien no regulan el asunto, permitiendo que fiscales y jueces de hecho consideren la reincidencia, o bien expresamente le asignan un rol a esta circunstancia en la determinación de la sanción. Entre los primeros, los antecedentes penales previos en la práctica se toman en cuenta en perjuicio del adolescente, sea porque se le considera un “reincidente sin contención” (como algunos fiscales argumentan en Costa Rica), sea porque la reincidencia dejaría en evidencia que necesita una sanción más severa, bajo un criterio de “gradualidad” de las sanciones (como lo entienden algunos jueces en Chile), y estadísticamente está asociada a una mayor probabilidad de imponer la sanción privativa de libertad (en Uruguay, en el 68,3% de los casos de reincidentes se impone esa sanción; en Chile, se estima que los antecedentes aumentan la probabilidad de esta sanción en un 20 a 40%). En otros ordenamientos, la circunstancia se toma en cuenta expresamente por la ley, en perjuicio del adolescente; así ocurre en Brasil, donde la reincidencia parece incluirse en la hipótesis de “reiteración de delitos graves”, sin distinguirse entre reincidencia y reiteración,² y también en el caso de Colombia, donde el incumplimiento del compromiso de no volver infringir la ley penal (incumplimiento que por definición se produce con la mera reincidencia) es un criterio de determinación de la sanción,

¹ Si bien la falta de referencias al tratamiento dado al asunto por la jurisprudencia, en el respectivo informe, no permite verificar en qué medida esa importante norma a nivel del “derecho en los libros” se ve reflejada finalmente en “el derecho en acción”.

² Una distinción que es posible; por ejemplo, circunscribiendo el concepto de “reiteración” a los concursos de delitos, es decir, a delitos no sancionados aún (a diferencia de la reincidencia, que supone volver a tener en cuenta delitos que ya fueron sancionados).

incluso como fundamento suficiente para imponer una sanción privativa de libertad (art. 179 CIA).

CONSIDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DESFAVORABLES Y FAVORABLES

La CDN también exige que la sanción guarde proporción con las circunstancias del adolescente. Los *Estándares Comunes para Iberoamérica* desarrollan esta exigencia de forma tal que con ello no se sacrifique la necesaria proporcionalidad de la sanción con el delito y, sobre todo, que no se discrimine a las y los adolescentes cuyas condiciones de vida son desfavorables. Ello debe evitarse especialmente cuando se trata de escoger entre una sanción privativa de libertad y una no privativa de libertad (Estándar 15), decisión que debe depender fundamentalmente de circunstancias relacionadas con la proporcionalidad entre la sanción y el delito.

El caso de Juan permite poner a prueba este importante criterio en relación con los ordenamientos jurídicos estudiados. En este caso, si bien ninguna de las legislaciones explícitamente considera la vulnerabilidad social y familiar como un criterio de determinación de sanciones, en casi todos los informes se advierte, en mayor o menor medida, que en la práctica tales circunstancias pueden perjudicar a los adolescentes, intensificando la sanción (Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, España y Uruguay), a veces incluso en el sentido de hacer más probable la imposición de una privativa de libertad (explícitamente, en los informes de Brasil, Colombia, Chile y Uruguay); por ejemplo, respecto de adolescentes en situación de calle, desescolarizados (Colombia), sin apoyo familiar (Chile, con referencias a un fallo referido a un inmigrante no acompañado) y con consumo de drogas (Colombia y Chile), a veces, bajo argumentos tutelaristas, para “rescatarlos” de un medio criminógeno (Chile) o hacer frente a su situación de riesgo social (Brasil). En el caso de Juan, en todos estos ordenamientos, sus circunstancias personales desfavorables probablemente intensificarían la sanción y podrían llevar, sobre todo en los ordenamientos con reglas de proporcionalidad negativa de bajo rendimiento y que consideran la reincidencia como un factor, a la imposición de una sanción privativa de libertad. Con todo, en algún informe no se descarta que esas circunstancias también podrían considerarse a favor de Juan (Colombia).

Especial análisis merece el criterio, considerado expresamente en la ley de uno de los sistemas analizados (México) y tematizado como criterio

interpretativo en otro (Chile), conforme al cual la consideración de las circunstancias personales únicamente puede tener lugar a favor del adolescente. Ello aparentemente juega en favor de Juan, al impedir considerar sus circunstancias en su contra. El efecto de ese criterio, con todo, se puede apreciar mejor incluyendo en el análisis el caso de Pedro.

En efecto, bajo esa doctrina, el apoyo de su familia y el alto nivel educativo de esta, el nivel y la calidad de la educación que recibe Pedro, su alto desempeño personal en la escuela y sus claras opciones de acceder en el futuro a formación profesional, son antecedentes personales que podrían jugar a su favor, como un factor que influiría para evitar una sanción de encierro, en aras de la protección de su integración social. Así podría ocurrir en Colombia, Chile, Brasil y México, todos ordenamientos sin reglas de proporcionalidad positiva (reglas que, en cambio, en España y Uruguay, impedirían a Pedro escapar de ese tipo de sanción, aun cuando rija el criterio de que debe protegerse su integración social). Una situación especial se identifica en el informe de Costa Rica, donde se advierte cierta doctrina, esgrimida por el Ministerio Público, conforme a la cual esos antecedentes socioeconómicos y familiares positivos podrían ser vistos como fundamento de una mayor reprochabilidad: un joven con ventajas en su vida, como Pedro, tendría mayor culpabilidad (lectura que el informe considera como incorrecta y que, efectivamente, pareciera abordar el examen de culpabilidad de forma muy gruesa y estereotipada, sin atender al contexto biográfico y situacional individual).

Ahora bien, volviendo al efecto más probable de las circunstancias personales y sociales favorables de Pedro, la evitación de una sanción de encierro, para proteger su integración social, el informe de Brasil levanta el punto de su carácter clasista, que lleva a fiscales y jueces a tratar mejor a adolescentes más aventajados. Precisamente la preocupación ante ese efecto discriminatorio ha llevado a los *Estándares Comunes para Iberoamérica* a tomar distancia de la (bienintencionada) doctrina de que las circunstancias personales del adolescente sí pueden tener un efecto relevante en la sanción, si se consideran en beneficio suyo, incluso para evitar la privación de libertad. Pues, en términos relativos, la otra cara de la medalla de la consideración de los antecedentes personales a favor de un adolescente, por ejemplo, para “proteger al adolescente bien integrado” socialmente (como se sostiene en un informe de Chile al analizar el caso de Pedro), es que la falta de esos antecedentes de buena integración social en otro adolescente (¡como Juan!) terminaría jugando en contra de este último.

Ello sería así, a menos que la falta de integración social también juegue a favor del adolescente; pero, entonces, los antecedentes personales no harían diferencia como factor para decidir privación de libertad: sean favorables o desfavorables, siempre se usarían como argumento para evitar la privación de libertad, un efecto que no parece tener sentido y no es real. En cambio, los *Estándares Comunes para Iberoamérica* optan por promover el criterio de que tales antecedentes no tengan un peso relevante en la elección de una sanción privativa o no de libertad, a menos que tengan incidencia en la proporcionalidad entre la sanción y el delito. Ello podría ocurrir, sea porque una circunstancia personal disminuye la culpabilidad del adolescente, sea porque objetivamente aumenta la severidad de la sanción. En el caso de Juan, como en otros con grave historia de marginalidad y deprivación socioeconómica, es perfectamente argumentable que tales circunstancias justifican disminuir el reproche de culpabilidad. Pero, para lograr ese efecto, las reglas legales o doctrinas jurisprudenciales deben ser mucho más específicas que la mera mención (ambivalente en sus resultados) de que las circunstancias personales deben considerarse a favor del adolescente, pues este criterio permite dar un peso indebido, en la decisión de no privar de libertad a un adolescente, a circunstancias ajenas a su conducta, como el grado de apoyo de su red familiar o de inserción escolar, etc., normalmente en perjuicio de adolescentes más vulnerables.

Los diversos ordenamientos examinados revelan, en conclusión, diversas brechas con los *Estándares Comunes para Iberoamérica* en relación con el peso asignado a las circunstancias personales en la sanción, especialmente en los ordenamientos en que las circunstancias desfavorables de Juan podrían llevar a imponerle una sanción más intensa, en su caso privativa de libertad, pero también, indirectamente, en aquellos en que las circunstancias favorables de Pedro, por sí solas, podrían librarlo de ese tipo de sanción (algo que un joven como Juan no lograría si hubiese perpetrado el mismo delito de Pedro).

REGLAS DE PROPORCIONALIDAD POSITIVA ABSOLUTA E INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Los *Estándares Comunes para Iberoamérica* rechazan la aplicación de reglas que dispongan la imposición de una sanción privativa de libertad atendiendo únicamente al tipo delictivo perpetrado y exigen que el tribunal cuente con margen para considerar las circunstancias del caso, para imponer

una sanción proporcionada a la gravedad concreta del hecho, considerando la culpabilidad del adolescente y la severidad de la sanción (Estándares 12 b, 10 a y 11).

El caso de Pedro permite examinar la existencia de brechas de ciertos ordenamientos con respecto esos estándares. En este caso, la gravedad del injusto penal perpetrado –homicidio– en la hipótesis en que se diera por probada la presencia de dolo eventual, podría ser tenida en cuenta, por la ley o la jurisprudencia, como un factor absoluto de imposición de una sanción privativa de libertad, sin permitir al tribunal considerar circunstancias que disminuyen la culpabilidad, como el hecho de que el adolescente no buscó la muerte (dolo eventual, y no directo) y reaccionó pasionalmente a una situación de humillación en un contexto sostenido de *bullying* que resultaba especialmente doloroso para él, circunstancias que, de conformidad con el principio de culpabilidad, deberían quedar a consideración del tribunal para graduar el reproche y escoger, en casos de menor culpabilidad, una sanción distinta a la privación de libertad.

Entre los ordenamientos examinados, dos contienen este tipo de reglas, que exigen privación de libertad en este caso, atendiendo meramente al injusto penal perpetrado, considerado en abstracto, sin permitir graduar la sanción a la gravedad concreta, atendidas las circunstancias de la culpabilidad (España y Uruguay –este último, para los mayores de 15 años, lo que supone una atención acotada a la culpabilidad–). Así, la consideración de las atenuantes basadas en la menor culpabilidad, que podrían alegarse por las especiales circunstancias bajo las cuales actuó Pedro, solo influirían entonces en la extensión de la sanción privativa de libertad (así, en el informe de España), no en su naturaleza.

Los demás ordenamientos no contienen ese tipo de reglas de proporcionalidad positiva absoluta en la ley. Sin embargo, en uno de ellos, México, una regla de proporcionalidad negativa absoluta contemplada, que permite imponer ese tipo de sanción solo para un listado de delitos graves, incluyendo el homicidio, en la práctica se tiende a interpretar también como una regla de proporcionalidad positiva absoluta (una interpretación que especialmente rechazan los *Estándares Comunes para Iberoamérica*, comentario al estándar 12 c).

En los demás ordenamientos, no bastaría con la perpetración de un homicidio para imponer a Pedro una sanción privativa de libertad y las circunstancias relativas a su menor culpabilidad podrían permitir al tribunal recurrir a otra sanción. Pero, en general, en esos ordenamientos no

se cuenta con el desarrollo de una doctrina sobre la menor culpabilidad de los adolescentes que oriente la decisión en el caso de Pedro. Por ello, en algunos informes se advierte que, tratándose de delitos de esta entidad, los tribunales tenderían a concentrar la atención simplemente en la gravedad abstracta del hecho (Colombia y Costa Rica, con referencias al efecto que la presión social produciría en los jueces); con todo, a falta de reglas de proporcionalidad positiva, las circunstancias de Pedro de todos modos podrían tal vez llevar a aplicar una sanción no privativa de libertad (tanto en Costa Rica como –a lo menos conforme a la jurisprudencia más reciente– en Colombia).

Especial mención merece la regla de proporcionalidad positiva del ordenamiento chileno, que exige imponer privación de libertad en régimen cerrado a partir de cierta gravedad delictiva; sin embargo, esa regla, estrictamente considerada, no es absoluta, sino relativa, pues asocia esa sanción a una determinada extensión de pena que resulta de la previa aplicación de las reglas de determinación de penas del Código Penal, que exigen considerar las eximentes incompletas o atenuantes por menor culpabilidad (en el caso de Pedro, por ejemplo, la atenuante “arrebato u obcecación”), evitándose así el efecto de la proporcionalidad positiva absoluta, de imposición de encierro en atención al puro tipo de injusto penal perpetrado. En Brasil, por último, mientras la jurisprudencia de los tribunales estatales atiende especialmente a la gravedad abstracta del delito (unida a factores de “riesgo social”) para disponer ese tipo de sanción, el Supremo Tribunal de Justicia, en cambio, exige atender a la gravedad concreta. En el caso de Pedro, esto podría llevar a que la falta de dolo directo de matar y la consideración de circunstancias atenuantes del derecho penal de adultos (provocación injusta de la víctima y el estado de descontrol emocional de Pedro) determinen la imposición de otro tipo de sanción.

En conclusión, las brechas más evidentes en relación con estos estándares se producen en los ordenamientos que contemplan en la ley, o cuyos tribunales en la práctica aplican, reglas de proporcionalidad positiva absoluta. En menor medida, también cabe advertir una brecha con los *Estándares Comunes para Iberoamérica* –que afecta virtualmente a todos los ordenamientos estudiados– en la falta de una doctrina más consistente acerca de los factores que determinan una menor culpabilidad de los adolescentes, brecha que, tratándose de delitos graves, se traduce en el excesivo peso, como factor casi exclusivo de proporcionalidad entre delito y sanción, que se asigna al puro tipo de injusto penal perpetrado (con foco en el desvalor

del resultado), sin atención suficiente al desvalor de la acción ni a la culpabilidad concreta de cada adolescente.

INFORME COMPARADO SOBRE LA CONSISTENCIA O EXISTENCIA DE
BRECHAS ESPECÍFICAMENTE CON RELACIÓN A LOS ESTÁNDARES SOBRE LA
REVISIÓN Y MODIFICACIÓN DE SANCIONES EN EJECUCIÓN
(ESTÁNDARES 21, 22, 23, 24 A, 24 B, 25 A, 25 B Y 26)

DRA. SOFÍA M. COBO TÉLLEZ

Para la elaboración de este análisis comparado, se revisaron los informes nacionales que reflejaron el contenido de las legislaciones, jurisprudencia y práctica relativas a la justicia para adolescentes en los siguientes países: Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, España, México y Uruguay, concretamente en relación con la revisión y modificación de la sanción en ejecución contenida en los numerales 21, 22, 23, 24 a, 24 b, 25 a, 25 b y 26 de los Estándares Comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales para adolescentes.¹

I. PLAN INDIVIDUAL DE CUMPLIMIENTO (PIC)

Respecto al Plan Individual de Cumplimiento (PIC) delimitado en el Estándar 21, se valoraron como indicadores la existencia del mismo; la aprobación del tribunal competente; si se especifican los objetivos, etapas y plazos de implementación, así como la autoridad o institución responsable de la ejecución; si se le garantiza a la persona adolescente el derecho a solicitar la revisión y actualización del mismo cada vez que cambian las circunstancias que fueron consideradas al individualizarlo, o si se consideran plazos de revisión de oficio. Como último punto, se analizó si

¹ En: <http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/11/Estandares-Iberoamericanos-Sanciones-Penales-Adolescentes-.pdf>.

su actualización es comunicada al tribunal competente por la autoridad o institución encargada de la ejecución.

En términos generales y considerando los indicadores previamente analizados, se puede concluir que, en la región iberoamericana analizada, en su conjunto, los países analizados cumplen relativamente con el Estándar 21 respecto al Plan Individual de Cumplimiento, resaltando las siguientes observaciones:

Respecto a la existencia del PIC, todos los países estudiados, excepto Uruguay,² consideran en sus legislaciones documentos de esta naturaleza. En el caso de México, se cuenta con dos, uno que es aplicado a las personas adolescentes que se encuentran en internamiento preventivo (Plan de Actividades) y otro en ejecución de la medida de sanción de internamiento (Plan de Ejecución). Respecto a la aprobación del mismo por parte del tribunal, un poco más de la mitad de los casos analizados (Brasil, Costa Rica, España y México) requieren de dicha aprobación ya sea por el juez de ejecución o por el juez que dictó la sentencia. En el caso de México, solo se prevé la aprobación jurisdiccional de uno de los dos instrumentos reportados, siendo este el Plan de Ejecución. Dentro de los informes de Chile y Colombia no se especifica si el PIC requiere de alguna aprobación jurisdiccional.

Respecto al contenido de los PIC, las leyes de Brasil, Colombia y México especifican que sus planes deben de contener objetivos, etapas y plazos; en el caso de Chile, no se encuentra registrado en el informe, y en Costa Rica y España, se infiere su contenido. La autoridad responsable de la ejecución se encuentra presente en todos los países analizados.

Sobre la revisión y actualización del PIC, y si ésta se realiza cada vez que cambian las circunstancias que fueron tenidas en cuenta al formularlo y aprobarlo, en cinco países se actualiza dicha obligación. En México la revisión se deberá realizar de oficio (cada tres meses) por la autoridad administrativa, al igual que en Colombia, donde el juez recibe periódicamente el informe de cumplimiento, lo que lo lleva a tomar decisiones en este sentido. Incluso, en las entrevistas realizadas, algunos operadores jurídicos explicaron que existen jueces que exigen tiempos mínimos de revisión; el código colombiano solo hace una mención somera respecto a la posibilidad de sustituir la sanción de privación de la libertad, sin delimitar las pautas.

² De ahí que en el análisis del presente estándar no se incluye a Uruguay.

El único país que no cuenta con una regla que obligue a actualizar el plan de intervención sin perjuicio de que ello pueda llegar a ocurrir en determinados casos particulares es Chile. La obligación de comunicar al juez o tribunal la modificación se incluye en Brasil, Colombia, España, Costa Rica y México, aunque en estos dos últimos países solo en caso de que los cambios propuestos impliquen restricciones de derechos o afectaciones a los objetivos de ejecución según el criterio de la persona adolescente o su defensor (Costa Rica) o en el caso de realizarse modificaciones trascendentes³ (México), cuando se debe solicitar el control judicial. Se contempla y garantiza el derecho del adolescente de solicitar la revisión o actualización del PIC, explícitamente o de forma inferida, en Chile, Costa Rica y México, mientras que en el resto de los países no fue registrado.

II. CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL DEL DESARROLLO E INTEGRACIÓN SOCIAL DEL ADOLESCENTE DURANTE LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES Y SUSTITUCIÓN O TÉRMINO ANTICIPADO DE LA SANCIÓN

El Estándar 22 resalta, como fundamento de la ejecución y sustitución de las sanciones, el desarrollo e integración social de la persona adolescente. En el presente análisis se valora si en los países que integran el estudio existen criterios sobre el impacto negativo de la sanción y modificaciones tempranas de la medida privativa de la libertad atendiendo al desarrollo e integración social del adolescente como un impulso a su actitud y compromiso.

En este sentido, la representación iberoamericana dentro del análisis señaló en términos generales que no cuentan con criterios explícitos que valoren los impactos negativos de las sanciones en la persona adolescente. En este sentido, Costa Rica indicó que para valorarlos se considera el objeto mismo del sistema; Brasil y Colombia, el contenido del plan individual. Chile, lo determinado por las cortes locales en la práctica y Uruguay, ciertas circunstancias de vulnerabilidad de la persona adolescente vinculadas al sistema de protección. La ley mexicana⁴ delimita una serie de criterios específicos para la sustitución de la medida de sanción dentro de los cuales, además del interés superior y de las condiciones en las que ha venido cumpliendo la medida, se valoran los retos u obstáculos que ha enfrentado

³ Sin especificar a qué se refiere con “modificaciones trascendentes”.

⁴ Artículo 217 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

la persona adolescente en el cumplimiento de la medida, por lo cual se podría concluir que dentro de los mismos se valoran los impactos negativos que las sanciones tienen en los adolescentes. En este rubro es importante resaltar que Colombia reporta que las manifestaciones del impacto negativo de la sanción suelen convertirse en razones para que el juez mantenga la medida, antes que para modificarla en su beneficio (acción asociada a la revisión y modificación del Programa Individual).

Dentro del análisis del presente estándar, es importante considerar, como fundamento de la ejecución y sustitución de las medidas de sanción, el desarrollo y la integración social del adolescente, al valorarlo a través del caso de Silvia, condenada por el delito de robo agravado con empleo de intimidación. Dentro de las circunstancias personales se encuentra que, al momento de su condena, contaba con 17 años de edad, completó hasta el cuarto año de educación básica, al momento de su detención llevaba dos años fuera del sistema escolar, había ejercido ocasionalmente la prostitución y consumía drogas habitualmente. Cuando cumplió una quinta parte del tiempo de su sanción, su defensa presentó solicitud de sustitución de la medida de sanción por una no privativa de la libertad fundamentada en el embarazo de la adolescente, lo cual ha provocado una crisis acompañada de síntomas depresivos por su situación de privación de la libertad, lo que vuelve incierta su situación de vida y sus posibilidades de ejercer la maternidad. Por ello, ha procurado seguir el plan de cumplimiento original, acudiendo a clases, mostrando adherencia al tratamiento de adicciones, siendo su conducta al interior del centro positiva aunque con algún incidente de agresión hacia una compañera.

En este sentido podemos realizar las siguientes consideraciones: en Brasil, Costa Rica y México la norma es incompatible con la práctica judicial, debido a que, si bien es cierto que el contenido de las tres leyes permite la modificación temprana de las medidas de sanción privativas de la libertad, en la práctica para sustituirlas se consideran aspectos que están más relacionados con la gravedad del delito y el tiempo transcurrido. Concretamente, en Brasil se consideran también los antecedentes delictivos y en Costa Rica existe demora para agendar las audiencias de modificación. En el caso de México, es importante manifestar que, según el contenido del artículo 148, la circunstancia del embarazo de la adolescente por sí misma es una variable suficiente para no individualizar una medida de sanción privativa de la libertad o sustituirla por una no privativa de la libertad.

En Uruguay y Colombia existe una brecha evidente con el estándar, ya que en ningún supuesto se considera la integración y el desarrollo del adolescente en la modificación; en Uruguay solo se considera el tiempo

efectivo de cumplimiento y en Colombia tienen más peso las manifestaciones negativas en la privación de la libertad para tomar la decisión con relación a la modificación. En este sentido, la respuesta de Chile en el caso planteado no se aprecia de manera plausible, debido a que, al momento de tomar decisiones respecto al término anticipado de la sanción, se consideran cuestiones que exceden el ámbito que el adolescente puede controlar.

Revisando la posibilidad de que se realicen modificaciones tempranas de la pena privativa de la libertad atendiendo el desarrollo del adolescente, en países como España y Uruguay no se pueden efectuar. La ley en Uruguay, de acuerdo con reformas normativas recientes, ha propendido al aumento de la extensión de la privación de libertad, incluso duplicando su duración máxima en ciertos delitos, además de establecerse limitaciones a las facultades judiciales de sustituir anticipadamente ese tipo de sanción durante la ejecución. En España si bien es cierto que se considera de manera explícita el desarrollo e integración social de la persona adolescente como eje fundamental en la ejecución y sustitución de medidas de sanción, dentro del contenido del artículo 10.2 b de la ley española se obliga el cumplimiento de al menos la mitad de la duración de la medida de internamiento en centro cerrado antes de que el juez pueda hacer uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida, incluso poniendo al adolescente en situación de desventaja ante las personas adultas, para quienes la ley permite la modificación sin que se cumpla con dicho requisito.

En el resto de los países, el cumplimiento del estándar es relativo, pues, por ejemplo, en Brasil depende del resultado de las revisiones del Plan Individual, sin referir a modificaciones que atiendan el desarrollo e integración de las personas adolescentes de forma sistemática; en Chile no se considera una práctica generalizada –solo ocurre en algunas cortes locales–, y en Costa Rica, de acuerdo con el principio de flexibilidad, se prevé la sustitución o término anticipado de la sanción privativa de la libertad sin especificar el procedimiento. En México se contempla sustituir medidas por aquellas de la misma naturaleza (ya sean privativas o no privativas de la libertad), aunado a los criterios de interés superior, condiciones en las que la persona adolescente cumple la medida y los obstáculos enfrentados durante la ejecución.

Sobre el impulso a la actitud y compromiso del adolescente, teniendo especial atención a su proyecto de vida, los países reportan su apego al estándar son: Brasil, nuevamente vinculado a la realización y ejecución del plan, concentrándose en el cumplimiento de los objetivos para promover el

desarrollo e integración social del adolescente; Costa Rica, en relación con el principio de legalidad durante la ejecución, poniendo mayor énfasis en el principio educativo como fin de las sanciones penales juveniles y otras acciones que impulsan su desarrollo; México, cuya ley considera que el plan deberá tomar en cuenta las circunstancias personales del adolescente, sus posibilidades de cumplirlo, dar continuidad a sus estudios y orientarse a los parámetros de educación para la paz, solución pacífica de conflictos y el aprendizaje de los derechos humanos, siempre tomando en consideración la opinión del adolescente y de las personas responsables. En Uruguay, en la sustitución de sanciones, destaca su relación con el sistema de protección, su carácter educativo y el respeto de los derechos humanos.

Chile y España consideran algunas normas o prácticas que velan por el impulso al adolescente, su compromiso y proyecto de vida, pero no de manera generalizada. Chile reporta que sí se considera en algunas decisiones por parte de las cortes locales y España lo condiciona a otras disposiciones, después de cumplir la mitad de la condena. En términos generales, ninguna especifica el desarrollo como tal como fundamento para sustituir la sanción en su beneficio; sin embargo, lo hacen a la luz de otras dimensiones dentro de las cuales se puede inferir, pero, al no señalarse como un criterio objetivo en la norma, se deja a criterio del juzgador considerarlo.

III. PROPORCIONALIDAD ENTRE EL DELITO Y LA SEVERIDAD DE LA SANCIÓN EFECTIVAMENTE EJECUTADA COMO UNA CONSIDERACIÓN SECUNDARIA

Acercas de la proporcionalidad entre el delito y la severidad de la sanción efectivamente ejecutada como una consideración secundaria contenida en el Estándar 23, podemos concluir, a través de lo observado, que, en términos generales, se tiene un bajo nivel de cumplimiento respecto a este estándar, ya que ningún país cumple completamente con el mismo.

En un primer análisis y como se comentó anteriormente, es importante considerar que si bien es cierto que algunas de las leyes consideran el desarrollo y la integración social de la persona adolescente como requisitos a tomar en cuenta en las decisiones respecto a la modificación de las medidas de sanción, en la práctica estas variables no siempre son consideradas por los jueces y tribunales para tomar decisiones en la etapa de ejecución penal; por el contrario, en algunos de los supuestos, se consideran cuestiones que exceden del ámbito de control por parte de la persona adolescente.

Respecto a la existencia de leyes o jurisprudencia que exijan la delimitación de una porción mínima de tiempo de cumplimiento de la sanción originalmente impuesta y que esta sea menos exigente que la que rige en el derecho penal para adultos, ninguna disposición y criterio de jurisprudencia señala expresamente este supuesto. Por ejemplo, algunos de los informes destacan que los jueces acuden a los tiempos establecidos en el sistema de adultos para aplicarlos a adolescentes (Colombia) o se obliga al cumplimiento de al menos la mitad de la duración de la medida de internamiento en centro cerrado, lo que es una peor condición del menor respecto al adulto, ya que para los adultos se permite al juez levantar el periodo de seguridad, acordando el régimen general de cumplimiento de la pena de prisión y la clasificación en tercer grado (excepto para un número reducido de delitos) sin que se haya llegado a cumplir la mitad de la condena (España).

Según los informes planteados, algunos países cuentan con algunos criterios o prácticas relativas, pero no específicas. Por ejemplo, Costa Rica, más que términos mínimos o máximos de cumplimiento efectivo de la medida para poder modificarla, se fundamenta en los principios de flexibilidad, proporcionalidad y sobre todo en el subprincipio de necesidad. España reitera que la ley otorga la posibilidad de dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a este el reproche merecido por su conducta, cumpliendo con el requisito de que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo al delito cometido; pero en los casos en los que se haya sustituido una medida de internamiento en régimen cerrado por otra de internamiento en régimen semiabierto o abierto, y el menor evolucione desfavorablemente, será posible dejar sin efecto la sustitución. En Uruguay, la exigencia de proporcionalidad se encuentra establecida en forma explícita, aunque no para todos los delitos, además de que la jurisprudencia se ha ido limitando, en especial por la supresión de la apelación automática de las sentencias condenatorias de primera instancia con penas privativas de libertad mayores de un año; también existen límites máximos de duración de algunas de las medidas en el país. Por su parte, en Brasil, Colombia y México no hay previsiones legales que determinen términos mínimos o máximos de cumplimiento efectivo de la medida a fin de poder modificarla.

IV. CONTINUIDAD O MODIFICACIÓN DE LA SANCIÓN NO PRIVATIVA DE LIBERTAD EN CASO DE REITERACIÓN DELICTIVA O CONCURSOS DE DELITOS

En definitiva, los elementos que componen el Estándar 24, respecto a la continuidad o modificación de la sanción no privativa de la libertad en caso de reiteración delictiva o concurso de delitos, se dividen en dos incisos: a) reiteración delictiva posterior al inicio de la ejecución de la sanción no privativa de la libertad dirigida a favorecer la reintegración social, y b) concurso de delitos identificado con posterioridad al inicio del cumplimiento. Dentro del inciso a), el estándar pondera el cumplimiento del plan original en caso de reiteración delictiva, siempre y cuando se trate de un delito de menor, igual o mayor gravedad que no merezca una medida de sanción privativa de la libertad y no se compruebe el fracaso de los objetivos del plan de cumplimiento original. Solo en el supuesto de comprobarse el fracaso se justificará la modificación de la sanción con un nuevo plan de cumplimiento. En caso de que el nuevo delito merezca una medida de sanción privativa de la libertad, se deberá poner término anticipado a la sanción original y la ejecución se realizará con un plan de cumplimiento adecuado al nuevo contexto, siempre procurando continuidad de las dimensiones consideradas en el plan de cumplimiento original.

En el caso de concurso de delitos identificado con posterioridad al inicio del cumplimiento, el inciso b) del Estándar 24 analizado dispone también mantener inalterada la sanción y el plan de cumplimiento original, excepto si el delito no considerado en la sentencia original merece una medida privativa de la libertad o da cuenta de factores condicionantes de la actividad delictiva del adolescente no considerados originalmente, en donde se deberá poner un término anticipado a la sanción original y se elaborará un plan de cumplimiento adecuado al nuevo contexto, y solo en casos excepcionales, la consideración del delito que no fue tomado en cuenta (factores condicionantes de la actividad delictiva) permitirá la modificación del plan de cumplimiento, siempre y cuando no se alteren los objetivos del plan original.

En Brasil, en cualquier decisión respecto a una nueva sentencia condenatoria en tiempo de ejecución de la sentencia, independientemente de que se trate de un hecho anterior o posterior, el juez deberá decidir sobre la posibilidad de unificar sentencias. En caso de unificación de procesos, se podrán acumular las sanciones sin necesidad de evaluar la potencialidad del plan en ejecución, teniendo en cuenta la reinserción social del adolescente; no está prohibido que, en la decisión de unificación jurisdiccional,

se opte por el mantenimiento de la medida que se encuentra en curso, en caso de que fuere considerado conveniente. Es decir, no existe regulación que delimite procedimientos específicos que fortalezcan el plan original, lo modifiquen o actualicen, en función de definir sanciones que tomen en cuenta los objetivos originales y fortalezcan el desarrollo integral y la integración de las y los adolescentes, por lo que las decisiones del juez pueden, indistintamente, tener un impacto positivo o negativo. Lo mismo se entiende en el caso de Costa Rica, puesto que, aun circunscribiendo el tema a los principios de flexibilidad y proporcionalidad, no es específico en este sentido.

Analizando el cumplimiento del estándar, según el caso de Juan, un adolescente de 16 años detenido por haber sustraído diversos objetos de una tienda departamental con numerosos antecedentes por hurto, inclusive al momento de su última detención llevaba dos meses cumpliendo una sanción de libertad asistida. Dentro de sus circunstancias personales, Juan había abandonado la escuela tres años antes de la última detención, completó hasta el quinto año de enseñanza básica, su situación socioeconómica era marginal, sin padre y con una madre con frecuentes periodos de hospitalización debido a una enfermedad.

Concretamente, respecto a la decisión que la autoridad jurisdiccional adoptaría respecto a la intervención socioeducativa que se encontraba en curso al momento de la reiteración delictiva, Brasil, Uruguay y España se decantaron por la unificación de la misma, señalando, en el caso específico de Uruguay, la existencia de un proceso incidental de unificación de medidas. En el caso de Chile, no se continuaría con la sanción anterior debido a que se sigue la metodología de imponer una sanción por delito, salvo juzgamiento en un mismo proceso; Colombia ajustaría el programa de acuerdo con los resultados obtenidos en la entrevista motivacional inicial y las necesidades actuales de la persona adolescente. México no cuenta con una respuesta concreta, debido a que, si bien es cierto que es facultad del juez de ejecución decidir el curso de la medida de sanción, de las entrevistas realizadas a los operadores resultó que se continuaría con la medida de sanción ajustando el plan individual de ejecución. Respecto al concurso de delitos (real o ideal), México, en su artículo 147, dispone que se impondrá la medida de sanción privativa de la libertad que corresponda a la penalidad más alta, excluyendo las medidas de privación de libertad restantes, no así respecto a las medidas no privativas de la libertad, las cuales podrán subsistir.

En Costa Rica ni la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles ni la Ley de Justicia Penal Juvenil eximen de imponer una sanción en aquellos casos en los que la persona sentenciada de previo ya se encontraba descontando una sanción no privativa de libertad. En Chile y Colombia se considera que, en caso de reiteración delictiva, el resultado será, en principio, desfavorable a la persona adolescente, independientemente de lo establecido en el plan individual original. En España, cuando el menor se encuentra cumpliendo una medida no privativa de libertad y comete un nuevo delito, o se identifica que ha cometido con anterioridad otros, no se continúa con el cumplimiento de la medida; el juez competente, previa audiencia, dictará la resolución que proceda con relación a la nueva medida, procediendo a la refundición de las mismas para su cumplimiento simultáneo si fuera posible, y, si no lo fuera, su cumplimiento sucesivo, comenzando por las de internamiento.

V. INCUMPLIMIENTO DE LA SANCIÓN NO PRIVATIVA DE LIBERTAD POR PARTE DEL ADOLESCENTE

En términos generales, los países analizados cumplen con el Estándar 25, el cual regula el incumplimiento de la sanción no privativa de libertad por parte del adolescente y considera dos situaciones específicas: el inciso a), respecto a medidas de sanción dirigidas a promover la integración social del adolescente, y el b), respecto a las sanciones no dirigidas a promover la integración social de la persona adolescente. En el primer supuesto, si el adolescente se sustrae de forma completa y permanente de su cumplimiento, antes de imponérsele una respuesta más severa deberá evaluarse si el incumplimiento se debe a circunstancias que no están bajo su control, por lo que se encuentra incapacitado para ejecutarlas. En este supuesto se modificaría la medida de sanción por una que favorezca su integración social, atendiendo a su capacidad de cumplimiento. Si el incumplimiento no se debe a estas circunstancias, se impondrá una sanción más severa (sustituta o apremio) proporcional al delito original, incumplimiento de la sanción, la afectación negativa a su desarrollo e integración de la persona adolescente. En cualquier supuesto, se le ofrecerá al adolescente la posibilidad de evitarla si da cumplimiento a su sanción original.

En caso de sanciones no dirigidas a promover la integración social del adolescente, la resistencia por parte del adolescente a cumplirlas puede tener como consecuencia la imposición de una más severa, siempre que

esta (sanción sustituta o premio) sea proporcional al delito original, al incumplimiento y que suponga una sustracción completa y permanente de la sanción, además de no existir una incapacidad o dificultad por parte del adolescente para cumplirla.

Es España el país que se apega más a los elementos del estándar, en tanto su ley contempla que, en el supuesto de quebrantamiento de la medida, antes de imponérsele una medida más severa el ministerio fiscal podrá instar del juez la sustitución por otra de la misma naturaleza y solo excepcionalmente el juez podrá sustituir la medida no privativa de libertad por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento. Para que se pueda proceder a la sustitución de otra medida, es requisito necesario que la nueva medida pudiera haber sido impuesta atendiendo al delito cometido, no obstante que se debe deducir testimonio e iniciar un nuevo expediente por la posible comisión del delito de quebrantamiento de la medida. En el mismo sentido, México se apega al estándar en su apartado a), ya que su ley dispone la revisión anual de la medida propuesta, a fin de sustituirla por una menos severa, evaluando, con base en el interés superior del adolescente, las condiciones, retos y obstáculos que ha enfrentado la persona adolescente en la ejecución. En el caso específico de incumplimiento, determina que no podrá atribuirse a una persona el incumplimiento de las medidas cuando sea el Estado quien haya incumplido en la creación y organización de los programas de seguimiento, supervisión y atención integral de las personas adolescentes condenadas; sin embargo, no se reportan resultados en caso de requerirse una respuesta más severa. En oposición, Brasil reporta que, como regla, el incumplimiento por parte del adolescente de la medida socioeducativa en medio abierto conduce a la aplicación de una medida de mayor gravedad, por lo general privativa de la libertad, sin profundizar en las causas que motivaron el incumplimiento.

Chile, Costa Rica y Uruguay parecen cumplir con el estándar y sus componentes de forma relativa, pues, si bien en ocasiones pueden considerarse las circunstancias específicas de la persona adolescente que la llevaron al incumplimiento, dicha práctica no es generalizada ni se reporta como norma específica a nivel nacional; incluso, se refiere una mayor tendencia a aumentar la pena en los tres países. En el caso de Costa Rica, con sus respectivas salvaguardas procesales debido a que se debe realizar una audiencia con la participación del menor de edad, su defensor y tercero en la que quede comprobada (lejos de toda duda) que el incumplimiento es

atribuible exclusivamente al menor de edad. Colombia no especifica en su informe lo relativo al estándar analizado.

VI. PERPETRACIÓN DE UN DELITO COMO MAYOR DE EDAD DURANTE LA EJECUCIÓN DE UNA SANCIÓN DE ADOLESCENTES

El Estándar 26, que refiere a la continuidad de la ejecución de la sanción impuesta por un delito perpetrado como adolescente si comete un nuevo delito siendo mayor de edad, siempre y cuando la misma esté dirigida a la integración social de la persona adolescente y el nuevo castigo sea compatible con el plan de cumplimiento original. Inclusive se contempla la posibilidad de prescindir del castigo por el nuevo delito perpetrado como mayor de edad si la consecuencia es menos severa que la medida impuesta como adolescente; en este supuesto, se propone suspender la pena como mayor de edad a condición de cumplir la medida como adolescente.

En este sentido, la ley brasileña contempla, por un lado (art. 46 fracción III de la Ley N° 12.594/2012), que, al momento de iniciarse la ejecución provisoria o definitiva de la pena privativa de libertad tanto en régimen cerrado como semiabierto por un hecho de naturaleza penal, cometido como mayor de edad, se extinguirá la medida socioeducativa, y el art. 46 §1° de la misma ley delimita que la autoridad jurisdiccional responsable de la ejecución puede decidir si entiende conveniente o no la extinción de esta última sanción. Las decisiones jurisdiccionales en *habeas corpus* y apelación han resuelto que, de acuerdo con los principios de libre convencimiento fundamentado y de protección integral, se deberá ponderar el carácter pedagógico de la medida socioeducativa, por lo que se concluye que la decisión es armónica con el estándar analizado.

España y México se alejan del estándar propuesto debido a que, uno a nivel jurisprudencia (España) y el otro dentro del contenido de la ley especializada (México), canalizan al adolescente a la justicia ordinaria. El resto de los países no especificaron la situación.

VII. CONCLUSIONES GENERALES

Si analizamos los resultados de los estándares relativos a la revisión judicial de la sanción durante la ejecución (del 21 al 26) bajo el concepto general de “grado de consistencia o existencia de brechas”, podemos concluir tanto en las leyes y la jurisprudencia como la práctica reportadas en

los informes nacionales, en términos generales, existe una brecha profunda, menos de la mitad de los mismos son coincidentes, aunque es importante advertir que existen posibilidades de que algunos reportes hayan omitido información que pudiera modificar este resultado.

Aunque la mayoría de los países realizan planes individuales de cumplimiento (PIC), estos no siempre cumplen con las formalidades, contenidos y control jurisdiccional que se requieren para su fortaleza y efectividad. Más allá, preocupa que no siempre parecen tener una base sólida y sistemática sobre la cual se establezcan los objetivos de desarrollo e integración social para la persona adolescente al momento de tomar decisiones en etapa de ejecución de la sentencia, dejando con ello de garantizar los derechos de las personas adolescentes en conflicto con la ley penal, debido a que no sirven como fundamento hacia la toma de decisiones sistemáticas y objetivas en la revisión y modificación de las sanciones especializadas.

Un gran avance es que, en general, la legislación y los sistemas normativos de todos los países iberoamericanos aquí revisados parecen tener como consideración primordial la integración social de la persona adolescente durante la etapa de ejecución; sin embargo, la gran mayoría parecen carecer de criterios nacionales homologados que den cuenta del impacto negativo de las sanciones, especialmente las privativas de libertad, a fin de sustituirlas por una sanción más adecuada a su desarrollo e integración social. Lo que trae como consecuencia que las decisiones para imponer y modificar sanciones se fundamentan en algunos aspectos del desarrollo (parciales) de las y los adolescentes, como la escolaridad, la presencia o no de adicciones, el comportamiento de acuerdo con los cánones establecidos (muchos de ellos adultocéntricos) por la autoridad administrativa en ejecución, entre otros.

Uno de los hallazgos más significativos tiene que ver con que cerca de la mitad de los países analizados reportaron que las personas adolescentes que cumplen una sanción no cuentan con un tratamiento diferenciado respecto a los adultos. En algunos casos, los jueces aplican los mismos criterios; en otros, incluso, los estándares son más elevados respecto a los adultos en relación con la revisión de las medidas. Algo similar sucede con la continuidad o modificación de las sanciones no privativas de libertad en caso de reiteración delictiva, concursos de delitos o cuando se comete otro delito como mayor de edad durante la ejecución de una sanción de adolescentes. En casi todos los supuestos y países estudiados no es posible conservar los objetivos del plan individual original, o renovarlo conservando

su espíritu, o el supuesto ni siquiera es considerado por las leyes nacionales; cuando más, las decisiones derivadas de la reiteración o concurso de delitos quedan supeditadas a la decisión del juez –o sea, pueden ser de impacto positivo, pero también negativo– o definitivamente su presencia deriva en consecuencias desfavorables para el adolescente.

Como se puede concluir, el panorama de la justicia penal especializada en adolescentes en la muestra de países de Iberoamérica respecto al tema relativo a la revisión judicial de la medida en ejecución, si bien es cierto que demuestra como mayor avance homogéneo la existencia de un Plan Individual de Cumplimiento (PIC) y la consideración del desarrollo y la integración social del adolescente durante la etapa de ejecución, en otros temas demuestra un avance heterogéneo, siendo importante tomarlo en cuenta a fin de fortalecer y consolidar la justicia para adolescentes en la región.

PROBLEMAS Y CRITERIOS RELATIVOS A LA INTRODUCCIÓN DE
INFORMACIÓN PERSONAL EN EL PROCESO Y EL PAPEL. RIESGOS Y
GARANTÍAS ASOCIADAS AL INFORME TÉCNICO Y EL EQUIPO TÉCNICO.
INFORME COMPARADO - M^a CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ

I. LA INFORMACIÓN PERSONAL DEL MENOR EN EL PROCESO PENAL DE
MENORES

Los *Estándares comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales para adolescentes* hacen especial hincapié en los principios de legalidad de la sanción, igualdad de trato y certeza judicial como rectores de la justicia juvenil (Estándar 1 a). Dichos principios deben dejar espacio, sin embargo, a que los tribunales puedan adoptar decisiones justas y adecuadas a las circunstancias del caso particular, y a que puedan modificarlas cuando dichas circunstancias varíen (Estándar 1 b).

Desde la perspectiva dogmática se admite que, en las circunstancias del caso particular, se deben incluir la edad del menor, las circunstancias objetivas y subjetivas que disminuyan su culpabilidad individual, así como el resto de las circunstancias personales que puedan condicionar el impacto que la sanción que se le imponga por la comisión del delito tenga en su integración social, fin este último que debe presidir todo el sistema de justicia juvenil (Estándar 4 b).

Asimismo, los estándares nos recuerdan, en sintonía con el art. 40.4 de la CDN y el núm. 76 de la Observación General N° 24 (2019),¹ que la sanción que se imponga al menor por la comisión del delito debe ser proporcionada a la gravedad y circunstancias de este (Estándar 12) y también a sus circunstancias personales (Estándar 14).

Por otra parte, las circunstancias personales del menor deben desempeñar un papel importante durante la ejecución de la sanción impuesta, especialmente para fundamentar la decisión judicial o administrativa de sustitución de la impuesta por otra más acorde cuando hayan cambiado dichas circunstancias o, incluso, el cese de la misma si así lo exigiera la integración social del adolescente (Estándar 17).

Admitida la necesidad de que las circunstancias personales sean tenidas en cuenta en la determinación de la sanción y en el desarrollo posterior de la misma, resulta preciso preguntarse por los sistemas de generación de los informes en los que se contengan dichas circunstancias (informes técnicos), por la capacidad de los distintos órganos intervinientes en la justicia juvenil para comprender su contenido, y por la pertinencia del acceso a los informes técnicos en las distintas fases del proceso.

Estas cuestiones se van a resolver analizando los sistemas legales de los países que han participado en esta investigación y, fundamentalmente, la respuesta que dan los operadores jurídicos de dichos países a las cuestiones planteadas en el caso de Pedro, en el que se abordan, entre otros temas, los relativos a la información personal sobre el menor, cómo se obtiene dicha información y cómo accede al sistema de justicia juvenil.

¹ Establece el art. 40.4 de la CDN que “Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.” Por su parte el núm. 76 de la Observación General 24 (2019) recuerda que: “la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada no solo a las circunstancias y la gravedad de este, sino también a las circunstancias personales (la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y necesidades del niño, incluidas, si procede, las necesidades relativas a su salud mental), así como a las diversas necesidades de la sociedad, especialmente a largo plazo”.

II. LOS SISTEMAS DE GENERACIÓN DEL INFORME TÉCNICO (ESTÁNDARES 27 Y 30 B Y C)

Los informes técnicos en los que se contenga la información personal del adolescente deben ser generados por entidades/organismos con altos niveles de profesionalización, y su conformidad con lo que la legislación o jurisprudencia determine debe quedar sujeta a control jurídico (Estándar 27).

Además, la entidad/organismo que genere el informe técnico debe ser imparcial e independiente de la fiscalía y la defensa pública, y también debe garantizarse que las partes cuentan con tiempo procesal suficiente para estudiar la información y, en su caso, objetarla o presentar informes alternativos (Estándar 30 c).

Respecto de los Estándares 27 y 30 c), tres de los sistemas estudiados los cumplen, según se deriva de la respuesta de los informantes al caso de Pedro, puesto que los informes técnicos son elaborados por equipos de profesionales constituidos por psicólogos, educadores y trabajadores sociales que, incluso en los casos en los que dependen orgánicamente de los tribunales o de las fiscalías, actúan de manera independiente. Así, en Costa Rica los estudios psicosociales y los estudios clínicos, pericias oficiales que pueden ser rebatidas por peritajes privados, son realizados por el Departamento de Trabajo Social y Psicología, órganos auxiliares de la administración de justicia e independientes de la Fiscalía y la Defensa Pública; en Colombia, los informes técnicos son elaborados también por un equipo interdisciplinar que depende del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ente independiente de la Fiscalía y de la Defensa Pública; en España, los equipos técnicos dependen orgánicamente del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas y están adscritos a los juzgados de menores bajo la dependencia funcional del Ministerio Fiscal y del juez de menores. En todos estos sistemas, las partes cuentan con tiempo procesal para estudiar la información, objetarla y presentar informes alternativos.

En el resto de los sistemas estudiados existe una brecha significativa en la legislación o jurisprudencia respecto de los Estándares 27 y 30 b). Así, en México la ley contempla la creación de una unidad administrativa con autonomía técnica, operativa y de gestión que debe entrevistar a los menores para obtener la información sobre sus circunstancias personales, pero solo a los efectos de determinar las medidas cautelares, medidas que por cierto se toman por las Unidades de Medidas Cautelares utilizando matrices con variables definidas que arrojan estimaciones cuantitativas que ignoran otras

circunstancias particulares del menor; en la práctica, según afirman los informantes en el caso de Pedro, estas unidades no siempre son especializadas. Además, debe señalarse que en este país, si bien la ley considera el uso de información personal del adolescente en la determinación de la medida, no refiere el momento ni el organismo competente para brindarla, razón por la que los tribunales estatales aplican diferentes criterios, señalando los informantes en el caso de Pedro que no se garantiza la imparcialidad, porque los profesionales que elaboran los informes dependen en muchas ocasiones de las fiscalías. Por su parte, en Brasil no existe una regulación legal del procedimiento de evaluación psicológica del menor, la prueba sobre las circunstancias personales del menor se recoge en dictámenes que son elaborados por auxiliares técnicos de la justicia que, según los fiscales informantes en el caso de Pedro, son imparciales, lo que algún informante defensor pone en duda. En Uruguay tampoco existe un organismo al que se encargue la elaboración de informes sobre las circunstancias personales del menor, aunque existe en la ley una previsión sobre la presentación de un informe técnico que las contenga tras la fase de audiencia de formalización y antes de la decisión sobre la inocencia/culpabilidad. Por último, debe consignarse que en Chile no existe la obligación de elaborar informes psicosociales sobre el menor, por lo que tampoco hay ningún organismo que se encargue de ello; sin embargo, en ocasiones los abogados defensores del menor instan la elaboración informes sociales y psicológicos elaborados por profesionales para presentarlos como prueba. Así consta en las respuestas al caso de Pedro.

Por otra parte, los principios de defensa y protección contra la autoincriminación exigen que las entrevistas a las que se someta al menor para obtener la información personal requerida sean practicadas previa notificación y con la presencia de su abogado defensor (Estándar 30 b).

Respecto de este Estándar 30 b), el análisis de los sistemas de justicia juvenil de menores, y en concreto la resolución del caso de Pedro, en el que se plantea directamente si el menor puede concurrir a la entrevista psicológica a la que se le ha convocado acompañado de su abogado defensor, permite concluir que mayoritariamente no se cumple. Sin embargo, en Costa Rica, México y Chile, por circunstancias distintas en cada uno de ellos, sí se respeta.

En Costa Rica, según se constata de las respuestas al caso de Pedro, la legislación de menores no establece que este pueda acudir a la entrevista acompañado de su defensor, pero se aplica supletoriamente el Código Penal

de adultos, y de hecho el defensor acude a las entrevistas psicológicas, y puede incluso solicitar la suspensión de la diligencia para asesorar al menor y así impedir que revele información que lo pueda incriminar. En México, la respuesta de los informantes al caso de Pedro pone de manifiesto que el defensor acude a las entrevistas psicológicas acompañando al menor, como lo hace en todas las diligencias, aunque en la práctica no siempre su intervención consigue impedir la incriminación del adolescente. En Chile no existe la obligación de elaborar informes técnicos, aunque suelen ser presentados por la defensa, pudiendo desestimarlos si son perjudiciales para el adolescente; no obstante, preguntados los informantes en el caso de Pedro por la hipótesis de que se realizara la entrevista por el psicólogo, algunos de ellos señalaron que por deferencia profesional no correspondería que el defensor acompañase al menor.

En el resto de los sistemas de justicia juvenil estudiados no se permite al defensor estar presente en las entrevistas que se realizan al menor para elaborar el informe técnico que recoja sus circunstancias personales, lo que puede dar lugar a que este se autoincrimine sin ser consciente de ello. En estos sistemas, según comentan los informantes en el caso de Pedro, se alega que las entrevistas del equipo técnico tienen carácter pericial o cuasipericial, lo que impide la presencia del defensor —así en España—; que la presencia del defensor contaminaría el objetivo del informe, que es determinar las características y necesidades del adolescente —así en el sistema colombiano—, o bien que, con miras a la preservación de la privacidad de los psicólogos, no sería posible que el defensor acompañara al menor, como alegan los informantes del sistema brasileño, criterio que parece compartir el sistema uruguayo.

III. LA ESPECIALIZACIÓN DEL TRIBUNAL Y DEMÁS ÓRGANOS DE LA JUSTICIA JUVENIL (ESTÁNDAR 28)

De poco serviría que los informes técnicos fueran realizados por entidades/organismos altamente profesionalizados si los actores de la justicia juvenil (jueces, fiscales, defensores...) no son capaces de comprender la información que contienen; de ahí que se les exija una formación interdisciplinaria especializada. Dicha formación se extiende, por supuesto, al conocimiento de los principios especiales que rigen la justicia juvenil, y ello exige, además de la especialización de los operadores jurídicos, que los mismos estén dedicados exclusiva o preferentemente a esa área de la

justicia. Esta exigencia es extensible a los tribunales que van a conocer de los recursos interpuestos por las partes (Estándar 28).

Pues bien, respecto del Estándar 28 hay que afirmar que tan solo algunos de los sistemas de justicia juvenil estudiados lo cumplen.

En efecto, exigen una formación especializada a los operadores jurídicos y una dedicación exclusiva o preferentemente a esta área de la justicia Costa Rica, Uruguay y España, mientras que México exige la especialización de los operadores jurídicos, pero no todos los estados de la República cuentan con tribunales dedicados exclusivamente a la justicia juvenil. No obstante, ninguno de los sistemas jurídicos estudiados exige la exclusiva o preferente dedicación a la justicia penal juvenil respecto de los tribunales que resuelven los recursos planteados en dichos procedimientos.

Por lo que respecta al resto de los sistemas de justicia juvenil, la situación es la siguiente: en Colombia, pese a la especialización de los equipos encargados de elaborar los informes técnicos, los actores del proceso (jueces y fiscales especialmente) no cuentan con la formación especializada que exige el Estándar 28, y esto debido a los frecuentes traslados de funcionarios del sistema de adultos al juvenil; por su parte, en Brasil los tribunales encargados de impartir justicia penal juvenil no suelen dedicarse exclusivamente a ello, salvo en casos muy particulares, y tampoco se prevé una formación especializada para cubrir los cargos de los operadores jurídicos de esta área, lo que, sumado a un esfuerzo insuficiente de las instituciones para promover la capacitación de sus miembros, provoca la ausencia de formación interdisciplinaria especializada. Por último, tampoco en Chile existe una formación interdisciplinaria especializada que permita a los operadores del sistema comprender adecuadamente la información contenida en el informe técnico.

IV. ACCESO DEL INFORME TÉCNICO AL PROCESO (ESTÁNDARES 29 Y 30 A)

La justicia juvenil debe contar con la información necesaria para tomar las decisiones pertinentes en cada fase del proceso. Una absoluta imparcialidad en la toma de dichas decisiones solo podría conseguirse si se generasen informes técnicos independientes en cada una de las fases. No se nos oculta, sin embargo, la ineficiencia de recursos profesionales que eso supondría. La única forma de aunar ambos intereses es que pueda utilizarse el mismo informe en las distintas fases, pero que la legislación y la jurisprudencia

eviten que se utilice información no pertinente que pudiera perjudicar al menor y que no sea relevante en cada una de ellas (Estándar 29).

Singularmente, debería evitarse que información personal del menor, como la falta de arraigo social o familiar del adolescente o la existencia de antecedentes delictivos previos, pudiera contaminar indebidamente la decisión de imponer un internamiento provisional del menor, porque no es infrecuente que dicha medida cautelar devenga con un cierto automatismo en una medida privativa de libertad (Estándar 29).

Pues bien, del análisis de los ordenamientos estudiados se concluye que los informes técnicos que contienen las circunstancias personales suelen obtenerse en la fase inicial del procedimiento contra el menor y se utilizan en todas las fases posteriores, sin que existan filtros para que solo la información pertinente pueda acceder a cada una de ellas, lo que llevaría a concluir que no se cumple el Estándar 29.

Sin embargo, sí cabe afirmar que mayoritariamente se respeta la separación del ámbito de protección de menores y de justicia juvenil. Para indagar sobre esta cuestión se ha utilizado el caso de Pedro, en el que directamente se pregunta a los informadores si el contenido de un informe psicológico que se elaboró en el sistema de protección de menores, como consecuencia de un grave episodio de violencia cuando el menor no era responsable penal, podría llegar a conocimiento de la justicia juvenil enfrentada al enjuiciamiento de un episodio posterior.

Tan solo en dos de los sistemas estudiados el informe elaborado en el sistema de protección de menores podría llegar a conocimiento de la justicia juvenil: en España y en México. En España, según responden los informadores al caso de Pedro, aunque la información previa será manejada con mucha prudencia, no cabe duda de que llegaría al sistema de justicia juvenil, puesto que la Fiscalía de menores depende de una misma unidad especializada que abarca tanto el ámbito de protección como el de reforma. Por su parte, en México, según los informantes también, es posible, dado que el Ministerio Público puede solicitar en la etapa de investigación información sobre el menor tanto a entidades públicas como privadas.

En el resto de los países, según los informadores, no sería posible que el informe del sistema de protección accediese al sistema de justicia juvenil. Así, en Colombia, donde el sistema de protección es totalmente independiente de la jurisdicción de menores; en Costa Rica, donde, aunque no se establece una prohibición expresa que impida la valoración extemporánea de incidentes, los informantes consideran que la información sobre los

hechos realizados por Pedro cuando tenía 12 años están protegidos por el principio de confidencialidad y no pueden ser revelados a terceros; en Uruguay, donde no existe un registro de antecedentes de intervención del sistema de protección, y en Chile, donde no existe un sistema de generación de la información sobre las circunstancias personales del menor, sino que suele ser la defensa la que introduce dicha información en informes sociales o psicológicos elaborados por especialistas. Un caso peculiar ocurre en Brasil; allí la opinión de los informantes en el caso de Pedro está dividida, y aunque los defensores consideran que sería inadmisibles que ocurriera, ni los fiscales ni los jueces consideraron que existiese obstáculo a que dicho expediente fuera adjuntado.

Por otra parte, para garantizar la imparcialidad en la decisión judicial se considera preciso que la información relativa a las circunstancias personales del menor se aporte en la fase procesal posterior a aquella en la que se haya decidido sobre la culpabilidad o inocencia del acusado (cesura procesal), para evitar que su conocimiento prematuro pudiera llevar al tribunal a prejuzgar dicho extremo. Ello resulta especialmente importante cuando el menor se enfrenta a una sanción severa; en el resto de los casos, se podría renunciar a la cesura procesal en aras a la pronta resolución del caso (Estándar 30 a).

Respecto de esta problemática, hay que afirmar que en las legislaciones estudiadas no existe cesura procesal, salvo en México, donde la ley establece que la información sobre las circunstancias personales del menor se aporta en la fase procesal posterior a la determinación de la inocencia/culpabilidad del menor. Sin embargo, en la práctica los informadores del caso de Pedro confirman que no se da esa separación de fases y, por tanto, los informes sobre las circunstancias personales del menor son conocidos por el tribunal que determina la inocencia/culpabilidad y, al mismo tiempo, decide la sanción a imponer. Por su parte, en Costa Rica, pese a no estar regulada la cesura procesal en la justicia penal de menores, cabría solicitarla en base a la supletoriedad del Código Penal de adultos, según se establece en el art. 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, y así se hace en ocasiones, según los informantes.

En Chile, sin embargo, sí se cumplen los estándares 29 y 30 a). Así, por una parte, no existe un sistema de generación de la información sobre las circunstancias personales del menor, sino que suele ser la defensa la que introduce dicha información en informes sociales o psicológicos elaborados por especialistas, y habitualmente lo hace solo en aquellos casos en los que

está en juego la libertad del menor. A estos informes presentados por la defensa se unen los llamados “informes de permanencia”, elaborados en los centros en los que se halla internado cautelarmente el menor. Los informes se introducen en el proceso en el momento en el que se debate la sanción a aplicar (salvo que lo que se esté debatiendo sea el mantenimiento de la medida cautelar de internamiento), por lo que no hay riesgo de contaminación de la decisión sobre la inocencia o culpabilidad.

Por último, merece destacarse que, a pesar de que en la mayoría de los países estudiados exista una brecha con los estándares 29 y 30 a), el conocimiento extemporáneo de circunstancias personales referidas a sucesos delictivos anteriores no suele influir en la decisión sobre la inocencia/ culpabilidad del adolescente en hechos posteriores.

Así lo constatan los informantes respondiendo al caso concreto de Pedro, en el que se plantea la posibilidad de que la información contenida en el informe psicológico elaborado en sede de protección –donde se revelaba que el hecho delictivo se había realizado en esa ocasión con frialdad de ánimo y que no era respuesta a una agresión previa– influyese en la decisión judicial posterior acerca de la intención homicida de Pedro y en la determinación de su grado de culpabilidad. En Costa Rica, los informantes afirman que constituyendo el Derecho penal juvenil un derecho penal de acto, y no de autor, eso no sería posible, y añaden que en la práctica se ve como poco probable que el juzgador fundamentase la existencia de la tipicidad subjetiva en las conclusiones de un dictamen psiquiátrico forense. En sentido parecido, en Colombia se afirma que el juez no podría usar el informe, si es que llegara a ser conocido, como argumento para inferir elementos de la responsabilidad de Pedro. En México se corrobora que no puede tomarse el informe en consideración para determinar el grado de responsabilidad de Pedro, aunque sí podría utilizarse para la individualización de la medida. En España se asevera tajantemente que la culpabilidad o inocencia se predica del hecho delictivo mismo, no influyendo circunstancias extemporáneas al ilícito penal, como lo es la información personal, social y familiar del menor. Sin embargo, los informantes de Chile consideran que, de ser conocida, *sí se utilizaría dicha información para fundamentar la culpabilidad de Pedro, mientras que los de Brasil muestran opiniones divididas*: los defensores consideran que contribuiría a reforzar la culpabilidad y el resto de los informantes (los jueces entrevistados) que no lo haría.

TERCERA PARTE

RECOMENDACIONES PARA GARANTIZAR LA PROPORCIONALIDAD DE LAS
SANCIONES PENALES DE ADOLESCENTES - MIGUEL CILLERO BRUÑOL.
SOFÍA COBO TÉLLEZ. JAIME COUSO SALAS. ANA PAULA MOTTA COSTA

La consideración conjunta de los informes nacionales y de las conclusiones del estudio comparado expuestas permite formular algunas recomendaciones generales para garantizar el cumplimiento de la exigencia establecida en el artículo 40.4 de la Convención sobre Derechos del Niño, relativa a asegurar que la sanción impuesta al adolescente “guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”

Estas recomendaciones las hemos dividido en tres aspectos específicos y diferenciados, pero que han de satisfacerse conjuntamente: I. recomendaciones para fortalecer las garantías normativas (legislativas); II. recomendaciones institucionales y programáticas; III. recomendaciones para la interpretación de la ley en sede judicial

I. FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS NORMATIVAS

En este apartado, se proponen algunas recomendaciones de lege ferenda que permitirían que el legislador fortaleciera las garantías normativas para asegurar la proporcionalidad de la sanción tanto con las circunstancias del adolescente como con la infracción

- Proporcionalidad ordinal negativa¹

¹ V. el Estándar 12 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”.

Considerando la diversidad de las normas nacionales de los países participantes en esta investigación, que establecen la relación entre tipos delictivos y las diferentes medidas sancionadoras aplicables;

Teniendo en cuenta el hallazgo de esta investigación, de que cuanto más amplia y menos específica es la legislación, mayor es el riesgo de infringir el principio de proporcionalidad negativa en casos específicos;

Recomendamos que se modifiquen las legislaciones nacionales para que se hagan referencias directas entre los comportamientos tipificados y las medidas o sanciones adecuadas, en particular restringiendo la posibilidad de aplicar la de internamiento respecto de delitos que no superen determinada gravedad.

- Proporcionalidad positiva absoluta y culpabilidad²

En el estudio comparado se observó que existen ordenamientos que contemplan en la ley, o cuyos tribunales en la práctica aplican, reglas de proporcionalidad positiva absoluta. Por su parte, en menor medida, se advirtió una brecha con los estándares comunes para Iberoamérica –que afecta virtualmente a todos los ordenamientos estudiados– consistente en la falta de una doctrina sólida sobre los factores que determinan una menor culpabilidad de los adolescentes. Tratándose de delitos graves, esta brecha se traduce en el excesivo y casi exclusivo peso que se le confiere al puro tipo de injusto penal perpetrado (con foco en el desvalor del resultado), sin atención suficiente al desvalor de la acción ni a la culpabilidad concreta de cada adolescente

Recomendamos eliminar de las reglas de individualización de la sanción penal adolescente aquellas que se fundan únicamente en la gravedad abstracta del hecho (tipo), estableciendo sistemas que permitan una valoración judicial conjunta de la gravedad concreta del hecho y de la gravedad de la culpabilidad del adolescente. Asimismo, considerar en la ponderación judicial no solo la gravedad del injusto y el desvalor de resultado, sino también el desvalor de la acción y la culpabilidad concreta de cada adolescente. Para ello sería recomendable, fuera de la plena consideración de las atenuantes del derecho penal general, que se especificaran en la ley circunstancias que

² Los Estándares Comunes para Iberoamérica rechazan la aplicación de reglas que dispongan la imposición de una sanción privativa de libertad atendiendo únicamente al tipo delictivo perpetrado y exigen que el tribunal cuente con margen para considerar las circunstancias del caso, para imponer una sanción proporcionada a la gravedad concreta del hecho, considerando la culpabilidad del adolescente y la severidad de la sanción (Estándares 12 b, 1.0 a y 11).

típicamente podrían afectar a los adolescentes, disminuyendo el desvalor de la acción o la culpabilidad.

- Modificación de la sanción durante su ejecución³

Considerando que de los principios de individualización y flexibilización de la sanción penal adolescente se desprende la posibilidad de que cada adolescente pueda cumplir con su medida lo antes posible, en un proceso progresivo hacia la libertad y la integración social;

Recomendamos que se contemplen en las leyes nacionales mecanismos específicos para obtener la sustitución o la terminación anticipada de las sanciones, en particular de las privativas de libertad.

Recomendamos que, si la ley exige un tiempo o porción mínima de cumplimiento antes de que pueda accederse a la sustitución o terminación anticipada de la sanción, sobre todo de la privación de libertad, ese tiempo o porción sea proporcionalmente reducido, ofreciendo suficiente margen al tribunal para modificar a tiempo una sanción que ya cumplió suficientemente los objetivos buscados o cuya prolongación podría ser perjudicial para el desarrollo o la integración social del adolescente.

Recomendamos que la legislación especifique el procedimiento a seguir durante la ejecución de las sanciones aplicadas; que se establezcan reglas expresas sobre la participación del Ministerio Público, la defensa y el órgano administrativo a cargo de la ejecución; que se garantice la participación del adolescente en la audiencia y la decisión motivada del juez encargado del control de la ejecución.

³ V. el Estándar 2: “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 prescinda de la perpetración de delitos, o bien con cambios específicos que lo hagan posible”.

- Reincidencia⁴

Considerando las particularidades criminológicas de los adolescentes infractores de ley penal y los contextos sociales en que se inserta la criminalidad juvenil;

Recomendamos que, en las reglas sobre individualización judicial de las sanciones penales de adolescentes, no se considere la reincidencia como una agravante legal de la responsabilidad penal que se constituya en forma automática en un aumento de la intensidad o duración de las sanciones penales adolescentes, ni sea considerada legalmente como un impedimento para la modificación de la sanción en su beneficio.

- Cesura procesal e informes sobre circunstancias personales⁵

Considerando el peligro de que la información sobre circunstancias personales del adolescente genere prejuicios en el tribunal que afecten la decisión sobre la culpabilidad del adolescente imputado;

Recomendamos regular legalmente que la información relativa a las circunstancias personales se aporte en la fase procesal posterior a aquella en la que se haya decidido sobre la culpabilidad o inocencia del acusado (cesura procesal) para evitar que su conocimiento prematuro pudiera llevar al tribunal a prejuzgar dicho extremo. Ello resulta especialmente importante cuando el adolescente se enfrenta a una sanción severa; en el resto de los casos, se podría establecer mayor flexibilidad en aras a la pronta

⁴ V. El estándar 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”.

⁵ V. el Estándar 30 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”.

resolución del caso. Asimismo, se deben considerar reglas especiales que limiten el tipo de información personal que pueda ser aportada en fase de instrucción, particularmente en relación con la imposición o no de medidas cautelares personales.⁶

II. RECOMENDACIONES INSTITUCIONALES Y PROGRAMÁTICAS

Un sistema penal adolescente adecuado a los estándares de respeto a los derechos humanos de las y los adolescentes y que garantice que la sanción penal de adolescentes “guarde proporción, tanto con sus circunstancias, como con la infracción”, exige un diseño institucional especializado. Del estudio realizado se desprenden en este ámbito las siguientes recomendaciones:

a) *Especialización y formación en la valoración de las circunstancias personales.*⁷

En relación con la especialización, del estudio realizado se advierte que existe un dispar desarrollo entre los ordenamientos estudiados, respecto a la idoneidad del diseño de las instituciones judiciales y demás órganos del sistema para la valoración de la información, los instrumentos y criterios para su determinación y la aplicación de estos en la individualización judicial de las sanciones.

⁶ V. el Estándar 29: “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”.

⁷ V. El estándar 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”

Se recomienda establecer legalmente la dedicación exclusiva en la competencia penal juvenil de los jueces, fiscales, defensores y equipos técnicos o, en subsidio, cuando ello no sea posible, una dedicación de carácter preferente. Los profesionales del sistema han de contar con una formación interdisciplinar sobre el sistema de justicia penal, de carácter permanente (continua) y debidamente certificada.

b) Desarrollo de competencias técnicas y capacidad diagnóstica.

En consideración de la relevancia que los estándares otorgan a los informes técnicos para la valoración de las condiciones personales;

Se recomienda fortalecer las capacidades de los equipos que elaboran informes técnicos, tanto en los ámbitos de su especialidad como en aspectos jurídicos y procesales relativos a los contextos y consecuencias judiciales de sus actuaciones.

Se deberá promover la creación de conocimiento e intercambio científico para perfeccionar los instrumentos.

III. RECOMENDACIONES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN SEDE JUDICIAL

a. Considerando el principio de protección integral, entendido como la responsabilidad del Estado, de la sociedad y de la familia de brindar las condiciones para que el adolescente se desarrolle plenamente;

Considerando la peculiar condición de desarrollo, que permite que el adolescente se entienda en una etapa especial de su vida y que las experiencias delictivas son hechos que tienden a ser temporales y circunstanciales en la adolescencia;

Recomendamos que, al imponer o modificar medidas sancionadoras, las circunstancias personales de los adolescentes en ningún caso se consideren para agravar la intensidad de la respuesta penal, sino únicamente para escoger la sanción más apropiada a su integración social.

b. Considerando la necesaria integración entre la gravedad del hecho, la mayor o menor culpabilidad y la valoración de las consideraciones personales;

Recomendamos que, tanto en la valoración de la prueba como en la ponderación de estos elementos, en sede judicial se establezca fundadamente un razonamiento sistemático e integrador que atienda conjuntamente a las

exigencias que se derivan de la garantía de la proporcionalidad y de la consideración prioritaria del interés superior del adolescente.

c. Considerando que existe evidencia de que la sanción penal de adolescentes, particularmente la privativa de libertad, produce efectos negativos en la socialización e integración social de los y las adolescentes;

Recomendamos que, tanto para la elaboración de informes y pericias como en su apreciación, se contemplen criterios específicos para valorar los impactos negativos de las sanciones en los adolescentes, especialmente al examinar la sustitución o terminación anticipada de la sanción.

d. Considerando que la justicia penal frecuentemente se puede ver influida negativamente por estereotipos, selectividad y criterios de exclusión social;

Recomendamos que, al valorar la prueba e interpretar la ley, se considere especialmente la prohibición de discriminación y se valoren las situaciones de vulnerabilidad social como criterios que permiten eximir o atenuar la responsabilidad penal adolescente y para limitar la duración o intensidad de las consecuencias jurídicas que se impongan.

Como una consideración general, se recomienda incluir las perspectivas de género y la consideración de la interculturalidad en la individualización y revisión de las sanciones, y asegurar su correcta aplicación y respeto en todas las instancias procesales y de ejecución.