

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

MIGUEL CILLERO BRUÑOL*

Durante mucho tiempo se consideró que lo mejor para la infancia era mantenerla fuera del Derecho penal, estimación que condujo, como es sabido, al “derecho tutelar de menores”. Subyace a este enfoque la idea de que la única relación posible entre protección de derechos del niño y la responsabilidad penal de adolescentes es la de incompatibilidad: el reconocimiento de responsabilidad penal sería contradictorio con la protección de los derechos del niño. En el sistema tutelar el principio de prioridad del interés superior del niño (entendido como su protección y bienestar moral y social) legitimaría –normativa y políticamente– la absoluta exclusión de la responsabilidad penal.

Una evaluación general de los resultados de las leyes de menores muestra, sin embargo, que los mecanismos tutelares fueron incapaces de poner atajo a los desbordes del sistema punitivo, siendo objeto de severas críticas que afectaron su legitimidad jurídica –por considerárseles contrarios a los principios constitucionales– y social, porque con su funcionamiento contribuyeron a aumentar la marginalidad y el control penal encubierto de un sector de la infancia: los menores en situación irregular¹.

Paradójicamente, la exclusión de la responsabilidad de los niños y adolescentes, en lugar de fortalecer la protección, terminó por desmedrarla. La evidencia empírica revela, entonces, que la relación entre interés superior del niño, protección de la infancia y sistema penal es algo más compleja que lo que se pensó a comienzos de siglo por los salvadores de los niños que inspiraron el sistema tutelar.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) toma un camino diferente; este instrumento internacional reconoce que el sistema de garantías creado por el sistema penal (cuyos dispositivos más importantes constituyen derechos fundamentales contenidos en las Constituciones e instrumentos internacionales de derechos humanos) es el mejor mecanismo para lograr controlar y limitar el “poder punitivo” del Estado y que, bajo ninguna consideración relativa al “bien” del niño, puede privarse a la infancia/adolescencia de este conjunto de protecciones. En consecuencia, para la CIDN el niño es titular de todas las garantías propias de

* Abogado, Consultor de UNICEF, profesor+ de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Chile.

¹ Véase García Méndez, Emilio, *Infancia de los Derechos y la Justicia*, Ediciones Del Puerto, B. Aires, 1998.

los adultos –además de las complementarias relativas a los niños– para limitar la pretensión punitiva del Estado; este reconocimiento se hace expresamente, reproduciendo en los artículos 37 y 40 estas garantías. Pero, como es sabido, la CIDN también estableció el principio del interés superior del niño.

Si consideramos que, en el marco de la CIDN, el interés superior del niño dejó de ser una etérea consideración del bien del niño, pasando en cambio a ser equivalente a la plena satisfacción de sus derechos²; y que las penas, cualquiera sea su especie o nombre, consisten en la privación de derechos, parece razonable señalar que aún se está ante una antinomia que llevaría a proponer la mutua contradicción y exclusión entre interés superior y responsabilidad penal.

A continuación intentaré desarrollar un argumento que –reconociendo esta antinomia– pueda conciliar el conjunto de principios que regulan y limitan la atribución de responsabilidad penal con el principio de prioridad del interés superior del niño. De este modo pretendo legitimar, en lugar de la exclusión de la responsabilidad penal, su inclusión a través de un análisis que permita reconocer un espacio –aunque muy limitado– al interés superior del niño, en un sistema penal de adolescentes adecuado a los principios, directrices y derechos contenidos en la CIDN.

Si bien muchos de los argumentos que se darán relativos al interés superior del niño podrían desprenderse de otros principios constitucionales –como los de igualdad y respeto a la dignidad humana–, este ejercicio no es meramente retórico o especulativo, ya que encuentra su necesidad en la propia CIDN que consagra, como se dijo, conjuntamente los principios de interés superior y de protección (Art. 3) y las bases de un sistema de responsabilidad penal de adolescentes (Art. 40)³.

Si la protección de los derechos del niño y la responsabilidad penal de adolescentes fueran absolutamente incompatibles, ¿cómo es posible que la CIDN los consagre conjuntamente?, ¿cómo pueden los Estados dar cumplimiento a dos obligaciones aparentemente contradictorias? La respuesta –obviamente– no está en afirmar que el principio de interés superior del niño –entendido como criterio de prioridad– permitiría resolver la cuestión como un problema de conflicto entre principios o derechos, cualquiera que sea la teoría del derecho que se asuma para resolverla (las de Alexy o Dworkin, por ejemplo) o el carácter que se le otorgue –teóricamente– a esa precedencia “absoluta”, no “excluyente” o “condicionada”.

Estos modelos de la teoría del derecho son útiles y permiten dar fundamentos a las diversas posiciones, pero no pueden sustituir el análisis hermenéutico del texto de

² Cillero, M.: “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en García Méndez, Emilio y Beloff Mary, compiladores, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. 1ª edición, Temis/ Depalma, Santa Fe de Bogotá, 1998.

³ Beloff, Mary (1998). *Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil*. En García Méndez, Emilio y Beloff, Mary compiladores, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. 1ª edición, Temis/Depalma, Santa Fe de Bogotá, 1998.

la CIDN, es decir, la aplicación de las reglas de interpretación propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que nos permiten comprender qué derechos específicos detentan los niños y que obligaciones tiene el Estado.

Las reflexiones de este artículo se ubican en este último plano, el de la hermenéutica de la Convención, interpretación teleológicamente orientada hacia la realización de los derechos del niño (Art. 41 CIDN), que debe integrarse a la hermenéutica constitucional, debido a la incorporación de los derechos fundamentales reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los textos o normas interpretativas de las Constituciones nacionales. A la interpretación conjunta de estas disposiciones, la llamaremos en adelante hermenéutica de los derechos fundamentales de los niños.

Los principios constitucionales operan, en materia penal, en un doble sentido⁴, por una parte, cumplen una función constitutiva, limitadora y orientadora, y por otra, sirven como “razones de corrección”, para superar las antinomias que son inherentes a la lógica de funcionamiento del Derecho penal, que sanciona con un mal para lograr un efecto positivo de protección de bienes jurídicos⁵.

La hermenéutica de los derechos fundamentales exige superar las contradicciones internas del sistema; para analizar el programa constitucional relativo al Derecho penal y alguna de sus disposiciones particulares, es necesario realizar una interpretación sistemática y teleológica que permita mantener la unidad de la constitución, hermenéutica que se caracteriza por ser una “interpretación de límites”, en un doble sentido: límites del legislador y límites del Tribunal Constitucional al realizar su función de control⁶.

En consecuencia, es necesario promover una interpretación que haga compatibles el interés superior del niño y responsabilidad penal; la hipótesis que propongo es considerarlos como un conjunto de garantías que limitan el poder punitivo del Estado y aseguran la protección de los derechos del niño.

En este nivel de análisis, no se otorga al interés superior del niño la función de un principio que permite ponderar intereses, sino que se define su contenido como la vigencia de sus derechos (que es más amplio que la ausencia de daño y menos ambicioso y ambiguo que el bienestar moral y social). La mejor protección de los derechos del niño es su realización y, podemos decir, que la mejor protección es su autoprotección, es decir la que no queda entregada a ninguna decisión discrecional o paternalista de los adultos, ni a alguna particular concepción del bien.

⁴ Véase: Zagrebelsky, G.: *El Derecho Dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 3ª ed. 1999, en particular pp. 116-119, en que se refiere al “doble alcance normativo de los principios”

⁵ Sobre este punto véase Alcácer, R.: “Los Fines del Derecho Penal. Una Aproximación desde la Filosofía Política” que desarrolla sus puntos de vista desde la teoría de “razones de corrección” de Mac Cormick., en *Anuario de Derecho Penal*, volumen LI, 1998, pp. 365-587, p. 391.

⁶ Pérez Royo, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid/Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2000, pp. 148 y ss.

Ante el Derecho penal esta protección viene dada por las garantías penales y procesales –consagradas constitucionalmente– que se imponen a la voluntad del legislador y del Juez. Frente a ellas no hay ponderación posible, basada en intereses colectivos o el bienestar del niño; en consecuencia sería ilegítimo aducir –en un sentido u otro– una ponderación basada en el interés superior del niño para relativizar, por ejemplo, la aplicación del principio de legalidad, o la presunción de inocencia en atención a los fines educativos de las medidas establecidas en las leyes penales o tutelares de menores; o, por el contrario, para defender la absoluta irresponsabilidad de un adolescente ante la comisión de un delito grave en razón que las posibles sanciones penales –aunque especiales– afectarían siempre ilegítimamente los derechos del infractor.

Las garantías penales establecidas en términos constitucionales con un carácter absoluto –como las señaladas anteriormente o la prohibición de tortura por ejemplo– no dejan margen de ponderación a la autoridad y por ello son protecciones que –por escaso que sea el margen de autonomía que se le reconozca al niño– operan sin necesidad de expresión de su voluntad, esto es, no requieren, en principio, de una heteroprotección del padre o del Juez; incluso, en caso de incumplimiento existe un interés público para perseguir su cumplimiento, lo que es aplicable tanto a la persecución de un delito –caso de la tortura–, como en el de infracciones a garantías sustantivas y procesales fundamentalmente a través de la defensa jurídica obligatoria y el rol de salvaguarda de las garantías que cumple el Juez imparcial en un proceso adversarial.

En materia penal, frente a la relativa incapacidad del niño o adolescente, la mejor protección no es la discrecionalidad de las autoridades para encontrar una solución que resulte de la ponderación de intereses, sino que la protección normativa de sus derechos a través de garantías constitucionales y legales. Será a nivel del constituyente y del legislador, subordinado a la Constitución, donde deberán ponderarse los intereses, cuyo reflejo o fruto son las garantías penales, que en sede judicial penal no quedan entregadas a la ponderación judicial.

Esta conclusión, creo que satisface no sólo la hermenéutica constitucional sino que, además, una formulación de interés superior del niño elaborada a partir de sistemas como los de Alexy o el de Dworkin; evidentemente en otros ámbitos del derecho, diferentes al penal, será necesario recurrir al interés superior del niño como principio que permita resolver conflictos normativos en caso de colisión de derechos o intereses y allí, estas teorías –y otras que pudieran proponerse– tendrán que probar su mayor o menor fortaleza para desarrollar criterios razonables de ponderación, en el marco de una prioridad no excluyente de los derechos de los niños.

En materia penal, en cambio, el interés superior del niño no puede actuar como un criterio de resolución de conflictos de intereses en la resolución de casos concretos,

sino que encuentra su espacio de aplicación a nivel de los fines del derecho penal de adolescentes.

En consecuencia, el punto central para resolver esta antinomia es la distinción de planos. Así mientras creo posible sostener que interés superior del niño y responsabilidad penal de adolescentes pueden complementarse –en el ámbito de los derechos fundamentales– al nivel de los fines del Derecho penal de adolescentes, en particular considerándolo como un límite adicional, me parece necesario afirmar asimismo que el interés superior del niño no puede fundamentar una pena, o utilizarse como mecanismo para determinarla judicialmente⁷.

A nivel de fines del Derecho penal de adolescentes, podemos sostener que se encuentran la protección de bienes jurídicos, la minimización de la violencia tanto social como de la respuesta estatal, el respeto a la dignidad personal de imputados y condenados y la protección de los derechos de los adolescentes como sujetos en desarrollo, elemento este último que define la necesaria especialidad del Derecho penal de adolescentes frente al Derecho penal de adultos.

Estos fines del derecho penal son compatibles con el interés superior del niño y se expresan en disposiciones como la que establece que la privación de libertad debe ser una medida de último recurso, en el Derecho penal de adolescentes (Art. 37 .b de la CIDN).

Diferente es la situación de los fines de la pena, especialmente si se pretende fundamentar la aplicación de una sanción específica en el interés superior del niño, ya que pareciera que las medidas se impondrán para hacerle un bien al menor y no como sanción, con lo que se reinstala lo esencial del paradigma tutelar⁸, pero a través de un fraude de etiquetas.

Establecidos los planos de posible convergencia y de divergencia, una primera directriz de la que podemos partir es que cualquier sistema de reacción estatal frente a infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de dieciocho años, debe considerar conjuntamente las limitaciones propias al poder punitivo que emanan del sistema penal y del interés superior del niño, esto es la satisfacción y protección de sus derechos.

Esta combinación de principios y garantías permitirá redefinir y limitar la aplicación a los adolescentes de sanciones y responsabilidades del sistema penal de adultos y, a su vez, que la aplicación de las garantías del sistema penal impedirá cualquier uso abusivo de mecanismos coactivos/sancionatorios (que importan privación de derechos) para modificar la conducta o situación del niño en función de su supuesto interés.

⁷ Como se establece en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (5/2000) de España.

⁸ García Pérez, 2000: *La Evolución del sistema penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la Luz de las Directrices Internacionales* en Actualidad Penal, Nº 32, 4 al 10 de Septiembre 2000 pp. 685 y 688.

Una segunda consideración es que, efectivamente, el interés superior del niño tiende a realizar al máximo los derechos del niño y por ello debe ser una barrera para la aplicación de restricciones de derechos (característicos del sistema penal). En consecuencia, siempre la aplicación de consecuencias penales para un adolescente son un mal (una restricción de derechos y posibilidades) que debe reducirse al mínimo posible, con lo que se perfila una característica muy particular del sistema de responsabilidad penal de adolescentes que se deriva de la CIDN: su carácter mínimo; él que se concretara en la aplicación de técnicas de descriminalización legal, aplicación del principio de oportunidad, reconocimiento de la privación de libertad como último recurso y condiciones especiales para la ejecución de sanciones; todas garantías que emanan directamente del principio de interés superior, aunque ciertamente podrían derivarse –con igual efectividad– del principio de intervención mínima y respeto a la dignidad humana.

En síntesis, si bien es cierto que existe una contradicción entre pena y derechos del niño, es fuerza reconocer una complementación entre el sistema jurídico destinado a limitar las penas (derecho penal garantístico) y el sistema de protección de los derechos del niño. Más aún privar de las garantías penales a los niños y adolescentes constituye una violación al principio de protección de sus derechos, porque la experiencia indica que el sistema de garantías penales –sustantivas y procesales–, son el mecanismo más eficaz de protegerse del poder punitivo del Estado y de limitar su expansión.

Sin embargo esto no es suficiente, en razón de la particular situación jurídica y social de la infancia, el interés superior del niño exige elaborar un complejo sistema de responsabilidad por las infracciones a la Ley penal complementaria al sistema de garantías generales. Sus líneas matrices se encuentran consagradas en la CIDN y es tarea de las leyes nacionales desarrollarlas específicamente.

En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la CIDN constituye un “principio” que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos se superan las expresiones programáticas del “interés superior del niño” y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superar el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

Una vez establecido que la integración entre interés superior del niño y garantías penales y procesales sólo puede darse en la medida que ambos constituyen un límite a la pretensión punitiva del Estado, podemos decir que la finalidad específica del sistema penal de adolescentes basado en la CIDN, será limitar el poder punitivo del Estado y proteger al niño – lo más posible– de los efectos adversos que la sanciones penales importan para el desarrollo de los niños.

En este balance entre necesidad de intervención penal y protección del desarrollo, el principio del interés superior exige asumir como una prioridad no excluyente –respecto de la protección de bienes jurídicos– los derechos de la infancia y construir un sistema reforzado de garantías; probablemente esta idea de relativa prioridad de los derechos del niño, que permite orientar mejor los juicios de ponderación en sede legislativa y judicial –dentro de márgenes muy precisos y siempre a favor del imputado, por ejemplo al decidir sobre la procedencia de una medida cautelar–, sea el aporte específico que el principio del interés superior del niño pueda prestar para el diseño y funcionamiento del sistema penal de adolescentes.

Como consecuencia de lo dicho, se trata de diseñar legalmente un sistema basado en la responsabilidad por el hecho y no por las condiciones del autor con pleno respeto al principio de legalidad; la consagración de un sistema de imputación democrático del acto al autor⁹; el reconocimiento que la sanción es la consecuencia de una atribución de responsabilidad; de la aplicación intensiva de las garantías del debido proceso y de la presunción de inocencia; el diseño de un completo sistema diferenciado de consecuencias jurídicas; y el establecimiento de criterios específicos para la determinación de la pena, tanto a nivel legal como judicial, que permitan un ejercicio razonado de flexibilidad judicial, limitado –en cuanto a su severidad– por el principio de proporcionalidad.

⁹ Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 5ª. Ed. 2002. pp. 201-205.