

CASTILLO, Ignacio “La (in)constitucionalidad del presidio perpetuo efectivo para los adolescentes en Estados Unidos. Un fallo esperanzador, pero todavía tímido”
Polít. crim. Vol. 7, N° 13 (Julio 2012), Doc. 1, pp. 230 - 242.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13D1.pdf]

La (in)constitucionalidad del presidio perpetuo efectivo para los adolescentes en Estados Unidos. Un fallo esperanzador, pero todavía tímido.

Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en los casos Miller v. Alabama y Jackson v. Hobbs, decididos conjuntamente el 25 de junio de 2012.

Ignacio Castillo V.*

RESUMEN: 1. Introducción. — 2. La opinión de la mayoría. Un aire de esperanza entre tanta barbaridad. — 3. El voto concurrente de *Justice* Breyer. Un paso más adelante. — 4. Primera disidencia. El voto de *Chief Justice* Roberts. — 5. Segunda opinión disidente. El originalismo de *Justice* Thomas. La vieja escuela de la cláusula sobre castigos crueles e inusuales. — 6. Tercera disidencia. El voto de *Justice* Alito. — 7. Conclusiones.

1. Introducción

La Corte Suprema de los Estados Unidos, a través de la decisión publicada el 25 de junio del presente año, resolvió dos de los casos más importantes del último periodo, en algún sentido comparable con la resolución respecto de la *Patient Protection and Affordable Care Act* (conocida popularmente como ley Obamacare) o aquella que decidió la controversia sobre la constitucionalidad de la Ley S.B. 1070, que regula la situación de los inmigrantes en Arizona. En términos sencillos la Corte debía decidir respecto de la constitucionalidad de la pena de presidio perpetuo efectivo (*life imprisonment without the possibility of parole*) aplicada a menores de 18 años condenados por un delito de homicidio. Nos referimos a los casos [Miller v. Alabama y Jackson v. Hobbs](#), ambos resueltos conjuntamente.

Mediante esta decisión, que en realidad agrupó dos solicitudes diversas (la de *Miller v. Alabama* y la de *Kuntrell Jackson v. Ray Hobbs, Director, Arkansas Department Of Correction*), la Corte debía responder a las siguientes tres preguntas:

1. ¿Constituye la imposición de la pena de presidio perpetuo sin posibilidad de libertad condicional a un menor de 14 años, condenado por homicidio, una violación a la Octava y Decimocuarta Enmienda; la primera de ellas que prohíbe las penas crueles e inusuales, cuando la extrema rareza en su aplicación refleja un consenso nacional respecto de la menor culpabilidad de los niños; y la segunda, que hace oponible a los estados algunas de las enmiendas por la cláusula del debido proceso?

* Abogado, doctorando becario de la Università degli Studi di Milano, miembro del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca.

CASTILLO, Ignacio “La (in)constitucionalidad del presidio perpetuo efectivo para los adolescentes en Estados Unidos. Un fallo esperanzador, pero todavía tímido”

2. ¿La imposición de esa pena infringiría la Octava Enmienda cuando es aplicada a un menor de 14 años que personalmente no causó la muerte de la víctima del homicidio, no participó directamente en algún acto de violencia física en contra de ella y respecto del cual ni siquiera se ha probado que tenía intención de matar?

3. ¿Constituye la imposición de una pena de presidio perpetuo sin posibilidad de libertad condicional a un menor de edad condenado por un homicidio –pena impuesta como consecuencia de una cuadro de determinación de la pena que *obliga* a la imposición de esa sanción y que impide considerar la edad del menor o cualquier circunstancia atenuante– una violación de la Octava Enmienda?

Estas preguntas, realizadas en un país que aún tiene 79 adolescentes que eran menores de 15 años cuando cometieron el delito *y que hoy cumplen cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional*, y un total de 2500 jóvenes que eran menores de 18 años al momento de la comisión del delito y que hoy cumplen la misma pena, no es algo que pueda considerarse baladí ni superficial.

Y la Corte Suprema de los Estados Unidos, por un estrecho 5-4, respondió de modo afirmativo únicamente la tercera de esas preguntas, pero decidió –al menos la mayoría– no enfrentar las primeras dos. O sea, dicho de manera sencilla (después se explicarán los detalles y las complejidades) la Corte decidió que un esquema de determinación de la pena que obligue a aplicar *automáticamente* la pena de presidio perpetuo sin posibilidad de libertad condicional a un menor de 18 años, condenado por un homicidio, es inconstitucional porque infringe la 8va Enmienda sobre castigos crueles e inusuales. Es la forma de su aplicación, no la aplicación misma de la pena lo que –al menos en esta oportunidad– la Corte Suprema declaró inconstitucional.

La decisión de la mayoría fue redactada por la más reciente nominada de los *Justices* que componen actualmente la Corte Suprema, *Justice* Kagan. A su opinión se le sumaron los *Justices* Kennedy, Ginsburg, Breyer y Sotomayor. Además, *Justice* Breyer redactó una opinión concurrente, a la que se le unió *Justice* Sotomayor. *Chief Justice* Roberts, por su parte, redactó una opinión disidente, a la que se le unieron los *Justices* Scalia, Thomas y Alito. *Justice* Thomas redactó una opinión disidente a la que se le sumó *Justice* Scalia. Y, por último, *Justice* Alito redactó una opinión disidente a la que se le unió *Justice* Scalia.

2. La opinión de la mayoría. Un aire de esperanza entre tanta barbaridad.

El fallo comienza poniendo en contexto los casos sobre los cuales la Corte debía tomar su decisión. Se trata de dos adolescentes infractores condenados y sancionados a penas de presidio perpetuo sin posibilidad de libertad condicional, y que al momento de la comisión de los delitos tenían 14 años de edad. En ninguno de los dos casos la autoridad encargada de determinar la pena tuvo alguna posibilidad de discreción para individualizar la sanción aplicable al caso concreto –pudiendo imponer una pena diversa– debiendo obligatoriamente imponer la pena de presidio perpetuo.

En los estados donde se aplicaron estas penas, las leyes fijan obligatoriamente la pena de presidio perpetuo efectivo para ciertos tipos de homicidios, y el juez no puede considerar ni la edad del menor, sus características personales ni la naturaleza del crimen a la hora de determinar la sanción. Se trata, siguiendo el término anglosajón, de la aplicación de un *mandatory term of life imprisonment without the possibility of parole*. Como es evidente, este tipo de legislaciones impiden apreciar una menor culpabilidad del adolescente ni tampoco su mayor posibilidad de rehabilitación y de reinserción social. Y en ese contexto, a juicio de la mayoría, la sola consideración que una pena de presidio perpetuo efectivo deba ser *obligatoria* respecto de un menor de 18 años viola la prohibición de la 8va Enmienda, que impide la aplicación de castigos crueles e inusuales.

Los dos casos que motivaron la decisión de la Corte Suprema, descritos de manera resumida, rezan así:

1. Kuntrell Jackson, de 14 años a la fecha de la comisión del delito, decidió junto a dos amigos robar un negocio de videos. Camino al local comercial uno de los amigos extrajo un arma, pero no acordaron ni su uso ni menos que dentro del plan criminal existiera la posibilidad de disparar y matar a alguien. De hecho Jackson al inicio del robo se quedó fuera del local, hasta que en un momento decidió entrar. Se discute si al entrar le dijo al dependiente “no estamos jugando” o, en cambio, les dijo a sus amigos “creía que estaban jugando”. Como fuera, él no disparó, no estuvo durante todo el tiempo adentro del negocio, ni menos participó directamente en alguna actividad de violencia física directa en contra de la víctima. Sin embargo fue acusado de homicidio y robo agravado, y el fiscal decidió acusarlo como adulto, cosa que fue confirmada por las Cortes estatales. Fue condenado por los dos delitos, y a la luz de ese veredicto el juez no tuvo otra opción que imponerle la pena de presidio perpetuo efectivo sin posibilidad de libertad. Esa pena luego se confirmó.

2. Evan Miller, también tenía 14 años al momento del delito de homicidio por el cual se le acusó. Hijo de madre alcohólica y drogadicta, y con padrastro abusador, él mismo comenzó precozmente una adicción al alcohol y a las drogas. Por todo ello estuvo varias veces en hogares de menores e intentó, al menos en 4 oportunidades, quitarse la vida –una vez cuando tenía sólo 6 años de edad. Respecto de los hechos, cabe decir que Miller se encontraba en su casa, junto a otro amigo adolescente, cuando Cole Cannon, un vecino de más de 50 años, llegó a comprarle droga a su madre. Miller y el otro adolescente se retiraron a la casa rodante de Cannon donde comenzaron todos a consumir drogas y alcohol. En un momento Miller decide robarle la billetera a Cannon, pero éste se despierta y entonces los dos adolescentes comienzan a agredirlo con un bate de baseball (Miller parece haber sido el que más lo golpeó) y luego deciden incendiar la casa rodante. Cannon murió producto de las heridas y de la inhalación de humo. Miller fue juzgado como adulto (dada su madurez y sus antecedentes penales) y acusado por el delito de incendio con resultado de muerte. Fue condenado por ese delito y, sin que el juez pudiera tomar otra decisión, obligatoriamente sancionado a presidio perpetuo efectivo sin posibilidad de libertad. Pena que, en todo caso, las Cortes confirmaron sin mayor dificultad. Su amigo, en cambio, negoció con el fiscal un acuerdo a cambio de inculpar a Miller y fue condenado por un delito bastante menor y a una pena también sustancialmente más reducida.

La decisión de la mayoría, vale la pena decirlo, tomó principalmente en consideración los precedentes *Thompson v. Oklahoma*, 487 U. S. 815 (1988), que prohibió la pena de muerte a menores de 16 años; *Roper v. Simmons*, 543 U. S. 551 (2005), que decidió declarar inconstitucional, por violar la 8va Enmienda, la pena de muerte aplicada a menores de 18 años; y *Graham v. Florida*, 560 U. S. _____, (2010), que determinó que la pena de presidio perpetuo efectivo era siempre inconstitucional, por infringir la 8va enmienda, cuando era aplicada a menores de edad condenados por delitos distintos a un homicidio. A partir de estos tres precedentes (especialmente los últimos dos) la Corte desarrolla un argumento de dos vías para justificar que la aplicación obligatoria de la pena de presidio perpetuo efectivo respecto de menores condenados por homicidio es igualmente inconstitucional. Asimismo, lo que subyace esta decisión es un claro reconocimiento de la Corte (de la mayoría) en que detrás de la 8va Enmienda –cosa que rechazan categóricamente los *originalistas*– se esconde también una pretensión de proporcionalidad entre el delito, el autor y la pena aplicada.

La primera línea argumentativa del voto de mayoría se funda en el rechazo a las reglas de determinación de las penas que no permitan considerar la culpabilidad de una *clase de autores* y la severidad de la pena. Para afirmar este aserto la mayoría descansa en los precedentes de la propia Corte relativos a la pena de muerte, a saber, cuando prohibió la aplicación de la pena de muerte a los autores de delitos distintos a los homicidios (respecto de adultos) y la que proscribió la pena de muerte para personas con cierto “*retardo mental*”. Estos precedentes, dice la Corte, se tuvieron en cuenta cuando se fallaron los casos relativos a los menores (*Roper* y *Graham*), porque a través de ellos se ha asumido que *los adolescentes corresponden a una clase especial de autores*, pues tienen una menor culpabilidad.

La segunda línea argumentativa surge de la prohibición de las sentencias obligatorias de pena de muerte, y de la obligación que las autoridades que determinen la pena de muerte puedan considerar las características del imputado y del delito, antes de aplicar la condena capital.

Según la mayoría, los menores de edad son constitucionalmente diferentes de los adultos para los efectos de las penas, ello en razón de la menor culpabilidad que tendrían y sus mejores perspectivas de reforma (rehabilitación) por no tener todavía su personalidad completamente desarrollada. A juicio de la mayoría los adolescentes tendrían una menor madurez que los adultos y un menor desarrollo del sentido de la responsabilidad, lo que los llevaría a actuar de manera imprudente, impulsiva y haciendo caso omiso a los riesgos de sus conductas. Además, los menores serían más vulnerables a las influencias y presiones negativas de terceros, lo que implicaría un menor control sobre su ambiente externo. En este sentido, la Corte desde el fallo *Roper* ha considerado una cantidad importante de información científica que justifica estas conclusiones.

Luego, la decisión de la mayoría analiza rápidamente los fines de la pena considerando la realidad especial de los menores. A su juicio la teoría retributiva no funciona bien en los menores, justamente por estas diferencias con los adultos. Respecto del posible efecto disuasivo de la pena de presidio perpetuo, la mayoría también reconoce su menor justificación en el caso de los adolescentes, porque por su inmadurez, su carácter impulsivo, su

impetuosidad, y la falta de control sobre el ambiente externo, es difícil que la amenaza de la pena pueda generar un efecto disuasivo en los futuros (*otros*) infractores. La mayoría rechaza también la incapacitación (inocuidación) de los menores porque ello supone decir que un adolescente es para siempre peligroso para la sociedad, lo que implica afirmar que es incorregible y la incorregibilidad es inconsistente con la juventud. Por ello, pareciera decir la mayoría, lo que queda es la rehabilitación, que sólo tiene sentido si el individuo puede volver a la sociedad.

Luego la mayoría, para justificar la necesidad de una sentencia individualizada (como la que se exige en los casos de pena de muerte) y prohibir los esquemas de determinación de penas que obliguen a la imposición del presidio perpetuo efectivo, vuelve a relativizar –ya lo había hecho en *Graham*– algo que era más o menos uniforme en la jurisprudencia norteamericana, a saber, que la pena de muerte es distinta a las otras penas, incluso a la de presidio perpetuo efectivo. La Corte, en este sentido, vuelve a argumentar que en el caso de los menores la pena de presidio perpetuo efectivo, en ciertos aspectos, se parece a la pena de muerte, pues es una confiscación por parte del Estado de toda la vida de un ser aún adolescente. Indica, además, que ellos –por simple lógica– probablemente deberán pasar más años y un porcentaje mayor de sus vida presos, comparativamente, que un adulto. Todo ello obliga a reforzar la protección constitucional de las penas de los menores, a fin de que no se transformen en penas crueles e inusuales.

En definitiva, el *holding* de la mayoría reza así “*al determinar que la juventud [y todo lo que ello implica] es irrelevante para la imposición de la pena más dura de cárcel, el esquema de determinación de la pena [de imposición obligatoria] posee un riesgo muy elevado de un castigo desproporcionado*”. Como se podrá deducir, la mayoría no rechaza la posibilidad de que se imponga una pena de presidio perpetuo efectivo a un menor, sólo que dada las especiales consideraciones de ese grupo de infractores, las condiciones en que se cometen estos delitos y sus mayores posibilidades de rehabilitación, *consideran que ello debería ser poco común*. En otras palabras, la mayoría no declara inconstitucional la pena de **presidio perpetuo efectivo** para los menores, pero sí su proceso de imposición obligatoria, y espera entonces que al tener el jurado o los jueces la posibilidad de considerar circunstancias personales o atenuantes puedan ir reduciendo cada vez más su aplicación. Riesgosa jugada de la mayoría.

A continuación, el voto de mayoría se hace cargo de las objeciones presentadas por los estados de Alabama y Arkansas, que luego fueron recogidas y potenciadas por los votos disidentes. Las críticas fundamentalmente son dos.

1. La primera crítica se desarrolla en dos argumentos. Primero, que la regla adoptada –la prohibición de los esquemas de determinación de penas que obliguen a aplicar la pena de presidio perpetuo efectivo– entra en conflicto con algunos aspectos de la doctrina de la Corte en relación con la 8va Enmienda. Argumento que puede luego desarrollarse separadamente en dos. Por una parte –citando el fallo [*Harmelin v. Michigan*, 501 U. S. 957 \(1991\)](#), en que la Corte decidió que una pena obligatoria (*mandatory sentencing*) de presidio perpetuo efectivo a

un condenado por tráfico de drogas, no era inconstitucional— los estados sostienen que la Corte estaría revocando un precedente claro; que las penas de presidio perpetuo efectivo nunca son crueles e inusuales y, por lo mismo, un esquema de penas que la imponga obligatoriamente no les concede ese carácter, ergo, no podría esa política legislativa ser considerada cruel e inusual. Segundo, puesto que la mayoría de los estados (28 estados más el Gobierno Federal) tienen regulaciones que hacen obligatoria la imposición de la pena de presidio perpetuo efectivo a los menores condenados por homicidios (y las aplican regularmente), la Corte no puede considerar esa sanción como inconstitucional, porque ello supondría negar la larga jurisprudencia de la Corte sobre el carácter inusual de la pena. A juicio de los recurridos, ese número relevante de legislaciones que contienen esquemas obligatorios de penas de presidio perpetuo efectivo cumpliría con lo que la propia Corte ha denominado un *indicio objetivo de los estándares nacionales*, y que permite determinar cuándo una pena ha dejado de ser usual y por lo mismo constitucional.

Ambos argumentos son desechados por la mayoría. El primero de ellos —como lo dice el propio fallo— por miope, dado que una lectura simple del fallo *Harmelin* permitiría observar que no tiene ninguna relación con los adolescentes. Pero además, la mayoría recuerda que la propia Corte ha dicho que un esquema de determinación de pena permitido para adultos puede no serlo respecto de menores, y eso es lo que hoy se está decidiendo. En este sentido la Corte recuerda que *“nuestra historia está repleta de leyes y reconocimientos judiciales que los menores no pueden ser vistos simplemente como miniaturas de adultos”*.

Respecto de la segunda crítica, la mayoría recuerda que la decisión de la Corte no está impidiendo que se aplique la pena de presidio perpetuo efectivo a los adolescentes condenados por delitos de homicidio —que sería declarar la pena inconstitucional por cruel o inusual— sino que únicamente está imponiendo la obligación a los estados para que antes de imponerla generen un escenario idóneo donde se pueda determinar individualmente la sanción que corresponde al caso concreto. Pero además, y para poder justificar lo “inusual” de la pena, el fallo da un argumento que puede ser considerado —por lo menos— osado. La mayoría explica que en muchos estados la pena de presidio perpetuo efectivo a los adolescentes condenados por homicidio se da únicamente como combinación de dos tipos de leyes, una que permite que el menor sea juzgado en un tribunal de adultos y la segunda que impone la pena de perpetuo efectivo *sin diferenciar ni considerar* si se trata de un menor o de un adulto. La mayoría sostiene que —como ya lo había hecho en *Graham y Thompson v. Oklahoma*— en realidad en estos estados *no existiría* un estatuto propio de sanciones para los adolescentes, *lo cual no justificaría sumarlos a los estado que sí lo tienen (que darían el carácter de inusual de la pena)*, porque ello implicaría incluir estados donde este posible (o probable) resultado —la aplicación de presidios efectivos obligatorios a menores— sería inadvertido por el legislador, a otro grupo donde el legislador claramente así lo previó.

2. La segunda crítica se fundó en el hecho que parte importante de los estados que imponen esta pena tienen reglas de competencias que, luego de analizar al menor, permiten decidir si va ser juzgado por un tribunal especial para adolescentes o uno de adultos. En definitiva, sostienen que la evaluación específica del menor —aquella que exigiría la mayoría al imponer

sentencias individualizadas– se hace antes, en la etapa de determinación del tribunal competente, y no después de la condena. La mayoría –lo que parece evidente– rechaza rápidamente este argumento por infundado y equivocado. Infundado porque en muchos estados los adolescentes acusados por ciertos delitos –los más graves– son obligatoriamente juzgados por tribunales de adultos. Y en otros, en cambio, se deja la decisión sobre el tribunal competente exclusivamente en el fiscal, sin que se pueda impugnar tal determinación. Pero además, el argumento es equivocado porque una cosa es evaluar para decidir qué tribunal va ser el competente para juzgar al menor y otra es qué pena es la que corresponde aplicarle al adolescente una vez que ha sido declarado culpable. Por último, porque cuando el tribunal decide sobre la competencia, generalmente tiene menos información –porque es una decisión que se hace al inicio de la investigación– de la que podría tener el juez que determina la pena.

La mayoría, finalmente, termina señalando que “*un juez o un jurado debe tener la oportunidad de considerar las circunstancias atenuantes antes de imponer la pena más dura que es posible aplicar a los adolescentes. Al exigir que todos los adolescentes condenados por homicidio reciban una pena de presidio perpetuo efectivo obligatorio, sin considerar su edad, sus características personales y la naturaleza del delito, los esquemas de determinación de penas obligatorios violan el principio de **proporcionalidad** de la 8va Enmienda, sobre castigos crueles e inusuales*”.

3. El voto concurrente de *Justice* Breyer, a quien se le unió *Justice* Sotomayor. Un paso más adelante.

El voto de *Justice* Breyer es bastante particular, porque se centra específicamente respecto de uno de los dos casos que la Corte debía decidir, el de *Jackson v. Arkansas*. En la opinión se cuestiona la supuesta constitucionalidad de la aplicación de la pena de presidio perpetuo efectivo en este caso, dado que estaba absolutamente probado que el adolescente no había matado a la víctima y sólo se discutía que hubiera tenido intención de hacerlo. Recordemos que en este caso el menor se había quedado fuera del local durante parte del delito de robo, que al ingresar habría visto a su amigo apuntar con el arma a la dependiente del local y le habría dicho a la víctima algo como “no estamos jugando” o bien a sus amigos “creía que estaban jugando”. Y, a juicio de los concurrentes, si no está comprobado que el menor mató o tenía intenciones de matar, entonces el estado tenía la prohibición de aplicar la pena de presidio perpetuo efectivo, únicamente en base al precedente *Graham*.

A su juicio, el precedente *Graham* dispone que los tipos de homicidio donde es legítimo aplicar la pena de presidio perpetuo efectivo a los jóvenes excluyen las hipótesis donde el menor no mató ni intentó matar a la víctima. En todo caso, y citando doctrina norteamericana, el mismo *Justice* reconoce el problema y las dificultades que genera la teoría de la “*intención transferida*” en los delitos de *felony-murder*, que implica que la muerte causada en el desarrollo de un *felony* se le atribuye a todos los participantes que decidieron cometer el *delito*. Como lo recalca *Justice* Breyer, “*la intención del imputado de cometer el ‘felony’ satisface la intención de matar que requiere el homicidio*”. Incluso cuando hay coparticipes.

En todo caso el autor de la opinión –apelando a ciertos precedentes de la Corte en materia de pena de muerte; y a *Graham*, en el caso de los adolescentes– niega que esa *intención transferida* pueda servir para aplicar la pena de presidio perpetuo efectivo a un adolescente, porque este “*tipo de intención construida artificialmente*” no puede servir de base para justificar una violación a la 8va Enmienda. Pero además, porque la idea que está detrás de esa “*intención transferida*” es que una persona involucrada en un delito grave, debería entender –y asumir– el riesgo que la víctima del delito pueda resultar muerta, incluso por un copartícipe. Y precisamente es esa determinación de los riesgos, el control sobre el ambiente externo y la habilidad para identificar los riesgos lo que los menores tienen desarrollado de manera insuficiente. Por ende concluye que aplicar la doctrina de la intención transferida en estos casos, donde el adolescente no mató ni intentó matar, para sentenciarlo a una pena de presidio perpetuo efectivo es derechamente un “*razonamiento falaz*”.

Como se puede observar, la opinión abre la puerta (al menos con dos votos) a una futura discusión que permita restringir y limitar aún más la aplicación de la pena perpetua a casos de menores que, involucrados en un delito grave que resultó en la muerte de la víctima, no hayan sido quienes le causaron la muerte ni tuvieron la intención de hacerlo.

4. Primera disidencia. El voto de *Chief Justice Roberts*, al que se le unieron *Justices Scalia, Thomas y Alito*.

Chief Justice Roberts comienza su opinión anunciando que “*la decisión sobre qué pena se le aplica a los menores condenados por homicidios presenta difíciles y desafiantes cuestiones de moralidad y política social. Nuestro rol, en todo caso, es aplicar el derecho, no responder a esas preguntas*”.

Roberts cuestiona la decisión de la mayoría, porque a su juicio la Corte Suprema nunca ha aceptado que la aplicación de la pena de presidio perpetuo efectivo –ni aun impuesta obligatoriamente– a casos de homicidio constituya una pena cruel e inusual conforme lo prohíbe la 8va Enmienda. A su juicio, si se analiza la mayoría de las legislaciones estatales y la federal, si un menor comete un homicidio, no es inusual que ese menor sea condenado automáticamente a una pena de presidio perpetuo efectivo, y esa sola realidad debería impedir el razonamiento de la mayoría que lo trata de inusual.

Según el *Chief Justice*, dado que los *indicios objetivos de los estándares de la sociedad*, expresados en las legislaciones y prácticas vigentes no permiten categorizar esa pena de inusual, lo que decide la mayoría es simplemente la imposición de sus propios valores y moralidades.

Además cuestiona duramente que el análisis de la 8va Enmienda, que según la mayoría se realiza desde el baremo de la “*evolución de los estándares de decencia que marcan el progreso de las sociedades maduras*” pueda implicar restringir la aplicación del presidio perpetuo efectivo, incluso respecto de los menores. A su juicio la decencia no es sinónimo de indulgencia y por lo demás una sociedad decente debería optar por proteger al inocente de la

violencia. Por el contrario, argumenta el *Chief Justice*, la historia norteamericana demuestra lo contrario de lo que piensa la mayoría. Durante buena parte del siglo XX, los fines de las condenas ponían énfasis en la rehabilitación y en permitir la libertad condicional. Pero a partir de la década del 80 eso cambió y las legislaciones empezaron a endurecer la respuesta penal, a desconfiar de la rehabilitación y a eliminar el *parole* para ciertos delitos. De hecho, sostiene Roberts, la práctica de imponer presidio perpetuo efectivo a los menores no es una práctica antigua, sino que es contemporánea.

Posteriormente su opinión se centra en desacreditar la tesis que los precedentes *Roper* y *Graham* puedan aplicarse a este caso. Respecto de *Graham*, porque ese fallo se fundó en el entendido de que existía una diferencia –de gravedad– entre los delitos de homicidio y los otros delitos, y que por lo mismo debían ser tratados diversamente. Segundo, porque esa diferencia estaba reconocida –no en las legislaciones, que incluso eran muchas las que aceptaban la pena de presidio perpetuo efectivo a menores por otros delitos distintos al homicidio– sino que en la práctica, pues esas penas eran extraordinariamente infrecuentes. Nada de ello sucede respecto de los casos de homicidio, donde la pena de presidio perpetuo efectivo es normativamente mayoritaria y se aplica con bastante regularidad.

Por otra parte, rechaza categóricamente el argumento de la mayoría en cuanto a que la suma de las legislaciones que reconocen la aplicación de la pena de presidio perpetuo efectivo para los menores pueda ser cuestionada, porque en algunos estados ello resulte de la combinación de dos estatutos legales, y no de la decisión consciente y voluntaria del legislador (por no tener legislaciones especiales para adolescentes). En términos sencillos, el *Chief Justice* cuestiona que la mayoría se atribuya la autoridad para presumir *ignorantes* a los legisladores, quienes de manera inadvertida habrían mantenido un estatuto que ha permitido la aplicación de penas perpetuas sin derecho a libertad a un número importante de menores. En los casos *Graham* y *Thompson* (citados por la mayoría) se podía justificar tal presunción, únicamente por lo extraordinario y excepcional de la aplicación de esas condenas, lo que en nada se parece a lo que sucede respecto de los delitos de homicidio donde participan menores.

Respecto del precedente *Roper*, a su juicio, la falta de apoyo a la decisión de la mayoría es todavía más evidente. Básicamente porque cuando se decidió que a los menores no se les podía aplicar la pena de muerte, lo que se dijo es que ella era innecesaria porque existía la pena de presidio perpetuo sin posibilidad de libertad. Pero además, en ese caso se invocó el *análisis especial* que la Corte ha creado para los casos donde se discute la pena de muerte en relación a la 8va Enmienda, que no corresponde usar en este caso.

Por último, el *Chief Justice* se empeña en *advertir* que el fallo de hoy es un paso previo hacia otras decisiones que puedan ir limitando o restringiendo aún más ciertas penas para los menores de edad. Su argumento –que no deja de ser interesante– es que la decisión de la mayoría puede esconder una *futura consecuencia abolicionista* al anunciar de manera innecesaria que si bien no prohibía el uso de la pena de presidio perpetuo efectivo respecto de los menores condenados por delitos de homicidio, “*esperaba que la obligación de una determinación individualizada de la pena la hiciera cada vez más excepcional*”. Si en efecto

se vuelve excepcional, dice Roberts, entonces la Corte podrá decir que es una pena inusual (además de cruel) y, entonces, tendrá el camino despejado para abolirla por inconstitucional. Ello, en palabras del propio *Chief Justice*, porque “*el principio que está detrás de la decisión pareciera ser solamente que dado que los jóvenes son distintos a los adultos, ellos deben ser sancionados de manera distinta*”.

5. Segunda opinión disidente. El originalismo de *Justice Thomas*, al que se unió *Justice Scalia*. La vieja escuela de la cláusula sobre castigos crueles e inusuales.

El principal argumento de la opinión disidente de *Justice Thomas* es que la decisión de la mayoría –algo nada novedoso, por lo demás– se aparta de la visión original de la cláusula sobre castigos crueles e inusuales que se encuentra en la 8va Enmienda. A su juicio, la cláusula, como originalmente era entendida por los *fundadores*, prohibía los *métodos* tortuosos de castigo –especialmente los métodos que eran considerados crueles e inusuales a la fecha de la adopción del *Bill of Rights*–, pero no prescribía un *principio de proporcionalidad* entre el delito y el castigo, como lo ha venido sosteniendo la Corte.

Como lo explica *Justice Thomas*, la cláusula “*no autoriza a las cortes a invalidar alguna pena que consideren desproporcionada a la gravedad del delito o a una particular clase de infractores*”, sino que por el contrario ella “*deja las ineludibles cuestiones morales de quién ‘merece’ un particular método no prohibido de castigo al juicio del parlamento que autoriza esa penalidad*”. Para justificar este aserto *Justice Thomas* cita un conjunto de *opiniones disidentes* que han argumentado, sin mucho éxito, que la Constitución no impone criterios de proporcionalidad en la pena. Por ello la regulación, por parte de los estados, de esquemas de determinación de penas obligatorios –*incluyendo la pena de muerte*– son absolutamente legítimos y además razonables porque permiten tratar a todos los delincuentes de la misma manera.

A juicio de *Justice Thomas* la Corte se equivoca en este caso al utilizar los precedentes *Roper* y *Graham*, porque si bien ellos ya se alejaban del sentido original de la cláusula –y por lo mismo estaban equivocados–, al menos se referían al contenido mínimo de ella, la pena impuesta. No establecían reglas procedimentales sobre su aplicación, como lo pretende ahora imponer el voto de mayoría. Pero además, porque al prohibir la mayoría esquemas obligatorios de determinación de penas y obligar a una determinación individual de la pena, la mayoría está asimilando este tipo de sanción a la pena de muerte, pues ha utilizado el “*conjunto específico de reglas*” que la Corte ha creado para casos de pena de muerte a otros que no lo son.

Por último, reclama la opinión disidente, el fallo se aparta del precedente del fallo *Harmelin* que, como sabemos, decidió que los esquemas de determinación obligatoria de pena de presidio perpetuo efectivo (respecto de adultos) eran constitucionales. Cita un extracto de ese fallo en que la Corte reafirma que sus precedentes “*repetidamente sugieren que no hay un requerimiento comparable [sentencias individualizadas] fuera del contexto de los casos de pena de muerte, por la diferencia cualitativa entre la pena de muerte y las otras penas*”. La

Corte, sostiene el *Justice*, debería haber sido fiel a su precedente. Pero además, comparte con el *Chief Justice* Roberts la preocupación por el llamado de la mayoría a que la aplicación de esta pena sea cada vez menos común, y que ello termine por legitimar su prohibición al transformarla en una pena inusual.

6. Tercera disidencia. El voto de *Justice* Alito, a quien se le une *Justice* Scalia.

Justice Alito de manera clara y precisa distribuye su pequeña opinión disidente en dos argumentos centrales. Por una parte utiliza un discurso dramático y apocalíptico para rechazar la opinión de la mayoría, y en segundo lugar, cuestiona duramente la forma en que la mayoría logra calificar la pena de presidio perpetuo efectivo a menores de 18 años condenados por delitos de homicidios, como inusual.

En relación al primer argumento *Justice* Alito se aleja de los dos casos presentados ante la Corte –a los cuales trata como *cuidadosamente seleccionados*– y en cambio sostiene que la mayor cantidad de jóvenes condenados a presidio perpetuo efectivo son adolescentes de más de 17 años al momento del delito y que cometieron homicidios especialmente brutales. *Justice* Alito dice que con la decisión de la mayoría los parlamentos estatales y el congreso federal tienen la prohibición de imponer la pena obligatoria de presidio perpetuo efectivo incluso a un joven de 17 años y medio que pone una bomba en un *mall* lleno de gente, o a otro que muy armado le dispara a un grupo de alumnos y profesores de un colegio. Ese “niño” –dice Alito– a juicio de la mayoría “*tiene siempre el derecho de poder persuadir a un juez para que lo ponga en libertad en algún momento*”.

Y aunque *Justice* Alito asume que hace tiempo la Corte abandonó el sentido original de la cláusula sobre penas crueles e inusuales, sosteniendo en cambio que la prohibición de penas crueles e inusuales “*se relacionan con la evolución de los estándares de decencia que marcan el progreso de las sociedades maduras*”, considera que en este caso eso no se respetó. Dejando de lados las preguntas filosóficas que *Justice* Alito le hace a ese precedente (*¿es verdad que la sociedad inexorablemente evoluciona en la dirección de mayor decencia? ¿Quién define cuando una sociedad progresa? ¿Esos estándares de decencia no deberían ser fijados por el legislador (electo) y no por los jueces (designados)?*), considera que en su aplicación siempre se había aceptado –aunque cada vez menos– que los “*estándares en evolución*” representaban algo más que las miradas personales de los jueces (v.gr. la regulación y la práctica nacional), y eso acá no se habría considerado.

Por ello *Justice* Alito reclama que desde el caso [*Atkins v. Virginia, 536 U. S. 304 \(2002\)*](#) la preocupación por determinar un *consenso nacional* sobre el tema, lo que se conoce como los *indicios objetivos de estándares nacionales* –y que en general se consideraban a partir de las legislaciones y las prácticas estatales–, ha ido desapareciendo, hasta llegar a una completa desunión entre ese estándar y la prohibición de la 8va Enmienda. Por ello, *Justice* Alito también manifiesta su preocupación respecto de la explícita afirmación de la mayoría en términos de que la pena de presidio perpetuo efectivo debería ser usada excepcionalmente, lo que a la larga podría significar incluso que termine derogándose.

Por último, a juicio de *Justice Alito*, la “*Octava Enmienda impone ciertos límites en las sentencias que pueden ser impuestas en los casos penales, pero en gran parte deja las cuestiones acerca de la política criminal de las penas para que sea determinada por el Congreso y las legislaciones estatales –y por buenas razones. Determinar la duración de la pena de cárcel que es apropiada para un determinado castigo y un particular agresor inevitablemente envuelve un balance de intereses*”, para luego decir que “*Cuando un parlamento prescribe que una categoría de homicidas deben ser obligatoriamente condenados a cadena perpetua, los parlamentarios, que seguramente reflejan a sus electores, están tomando la posición que el riesgo que estos agresores puedan volver a matar desbalancea cualquier otra consideración contraria, incluyendo la reducida culpabilidad debido a la inmadurez o la posibilidad de rehabilitarse del infractor*”. Y, termina diciendo que lo que la mayoría ha hecho al invalidar esas decisiones democráticas es *poner el riesgo en los ciudadanos; que estas personas –si salen en libertad– puedan volver a matar*.

7. Conclusiones.

Es evidente que estamos en presencia de otro fallo histórico de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En este caso la Corte ha dado un paso más en el camino –iniciado hace 24 años con el fallo *Thompson v. Oklahoma*, que declaró inconstitucional la pena de muerte a menores de 16 años– de la consolidación del precedente –algo por lo demás bastante pacífico en el mundo occidental– *que resulta necesario e imprescindible que el sistema penal trate a los menores y adolescentes de manera diversa*, pues ellos requieren una atención y preocupación distinta a los adultos. Pero, además, porque este fallo tiene también un evidente sentido simbólico de preocupación racial pues, como se sabe, en Estados Unidos la población negra es estadísticamente la más criminalizada y ello se reflejaba también en la imposición de la pena de presidio perpetuo efectivo en adolescentes, que en una amplia proporción afectaba a jóvenes negros.

Por otra parte, aun cuando la mayoría no se hizo cargo respecto de la constitucionalidad propiamente de la pena de presidio perpetuo efectivo a menores condenados por delitos de homicidio, expresó de manera clara y precisa que esa pena debería ser utilizada excepcionalmente, porque los jueces deberían ponderar otras circunstancias y antecedentes del menor antes de determinar la pena concreta aplicable a un infractor. Ello, como lo recalcaron las opiniones disidentes, puede abrir un espacio para que en el futuro la Corte declare toda la pena como inusual (además de cruel) y la elimine por completo del rango de penas aplicables a los menores de edad. Veremos qué pasa.

El voto de mayoría, aun cuando centró su decisión en la inconstitucional –dado las características de la menor culpabilidad y madurez de los adolescentes– de la ***imposición obligatoria*** de la pena de presidio perpetuo efectivo a los adolescentes, no se esforzó demasiado en dar líneas o criterios específicos de orientación para realizar esa determinación individual de la pena. Solamente sugirió que los jueces debían tomar en consideración la edad del menor al momento de la comisión del delito, examinar la historia de vida y el ambiente en que creció, determinar el grado de responsabilidad con que el menor podría haber actuado (y

su posibilidad de resistir a las presiones externas) y por último determinar su posibilidad de rehabilitación. Como se comprenderá, todas categorías aun excesivamente abstractas e indeterminadas que fácilmente pueden permitir al *jurado o al juez* imponer y justificar la pena de presidio perpetuo efectivo como la mejor opción en ciertos delitos graves.

Por otra parte, el voto de mayoría deja algunas preguntas sin resolver. Tres de ellas son claves. En primer lugar, el fallo no precisa si su decisión tiene o no efecto retroactivo, o sea, si los estados tiene la obligación de disponer alguna audiencia o procedimiento para que una autoridad judicial determine nuevamente la sentencia de cada menor que esté condenado a presidio perpetuo efectivo, según los criterios generales del presente fallo. Y ello no es menor porque la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de retroactividad ha sido bastante imprecisa, por lo que es más que probable que algunos estados la consideren así y otros no. Segundo, no responde (aunque parece que sí, de forma desfavorable) a la inquietud sobre la constitucionalidad que los estados puedan fijar esquemas de determinación de penas obligatorios que *de facto* sean tan largos –con una posibilidad de *parole* también alejada en el tiempo– que en los hechos termine siendo una pena de presidio perpetuo efectivo. Por último, tampoco responde a la pregunta sobre qué debe hacerse con otros menores que han sido condenados a presidio perpetuo efectivo, pero en estados que sí contemplaban una sentencia individualizada, aunque considerando menos criterios de los que plantea el fallo en comentario.

Llama la atención –aunque se explica en la lógica del *certiorari*– que la Corte no se haya pronunciado ni haya decidido nada en concreto respecto de los dos casos que motivaron su decisión, más allá de cuestionar el proceso de determinación obligatorio de la pena como inconstitucional. De hecho, aunque suene paradójico, ambos casos podrían volver a la Corte Suprema si en el futuro el tribunal a cargo de la audiencia de determinación de la sentencia – que por la decisión debería ser obligatoria, al menos en estos dos casos– considerase que las circunstancias del menor, las propias del delito, y las posibilidades de rehabilitación justifican la necesidad de mantener la pena de presidio perpetuo sin posibilidad de libertad condicional. En ese caso, eso sí, la Corte debería responder a las dos primeras preguntas que, en esta oportunidad, prefirió no contestar.

Aunque para algunos lectores sea difícil valorar este fallo, pues a veces pareciera que uno está leyendo discusiones propias de una pasada época de inhumanidad y decadencia de la sociedad; para un país que hace sólo siete años tenía vigente y aplicaba la pena de muerte a menores de edad, que sólo hace un par de años aplicaba la pena de presidio perpetuo efectivo a menores en delitos que no incluían la muerte de la víctima, que ni siquiera ha ratificado la Convención de Derechos del Niño (distinción que comparte únicamente con Somalia), este fallo es un gran paso, todavía tímido, pero un paso al fin y al cabo hacia un sistema penal que efectivamente considere y establezca diferencias claras entre el tratamiento penal de un adulto y el de un adolescente. Es un paso que acerca a los Estados Unidos a los estándares respecto del trato diferente que debe darse a los menores, como se considera en el resto de los países, y que por lo demás lo reflejan inequívocamente los tratados internacionales sobre la materia.