

LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA A LA LUZ DE LA
OCTAVA ENMIENDA: COMENTARIO A LA SENTENCIA
DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE
NORTEAMÉRICA DE 17 DE MAYO DE 2010, *GRAHAM V.
FLORIDA*, 560 U.S. 2010.

*SENTENCING PROPORTIONALITY UNDER THE EIGHT
AMENDMENT: COMMENTARY TO THE UNITED STATES SUPREME
COURT DECISION OF MAY 17TH 2010, GRAHAM V. FLORIDA, 560
U.S. 2010.*

GONZALO CANDIA FALCÓN*
ANDRÉS SCHLACK MUÑOZ**

RESUMEN: La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en *Graham v. Florida* prohibió la aplicación de la pena de reclusión perpetua sin posibilidad de libertad a delincuentes menores de dieciocho años de edad por delitos diversos del homicidio, considerándola incompatible con la Octava Enmienda. Para llegar a esta decisión, la Corte creó una regla categorial, antes solo aplicada en casos de pena de muerte. Si bien los autores concuerdan en la falta de proporcionalidad de la condena impuesta al acusado, el uso de una regla categorial es criticada, considerándose preferible el examen circunstanciado de proporcionalidad restringida.

Palabras clave: proporcionalidad de la pena, Octava Enmienda, regla categorial, control concreto de constitucionalidad, revisión judicial.

ABSTRACT: The United States Supreme Court decision in *Graham v. Florida* forbade life imprisonment without the possibility of parole for offenders under 18 years old for non-homicidal crimes, considering it as incompatible with the Eight Amendment. In order to reach this decision, the Court created a categorical rule, previously applied only to death penalty cases. Although the authors agree on the lack of proportionality of the punishment imposed on the defendant, the use of a categorical rule is criticized, considering preferable the case-to-case narrow proportionality approach.

Key words: sentencing proportionality, Eight Amendment, categorical rule, judicial review, principle of judicial restraint.

* Abogado, Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Asistente Adjunto de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. (gfcandia@fulbrightmail.org)

** Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becario de la Konrad-Adenauer-Stiftung en el Instituto de Derecho Penal de la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität (Bonn). (aeschlack@gmail.com)

1. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA

El recurrente tenía dieciséis años de edad cuando cometió el delito de robo con violencia, conjuntamente con otro delito. Existiendo un acuerdo con la fiscalía (*plea agreement*), el tribunal de primera instancia del estado de Florida sentenció al recurrente al régimen de *probation*¹, suspendiendo la declaración de culpabilidad. Posteriormente, el tribunal consideró que el recurrente violó los términos en que fue concedida la medida por la comisión de delitos adicionales y fue declarado culpable de los primeros cargos, siendo sentenciado a la pena de reclusión perpetua. Atendido el hecho que el estado de Florida había derogado previamente el régimen de *parole*², el recurrente no contaba con ninguna posibilidad de obtener la libertad durante el curso de su vida, salvo la posibilidad de un indulto del Poder Ejecutivo.

El condenado recurrió ante la Corte de Apelaciones del Primer Distrito del estado de Florida en contra de la sentencia, alegando infracción de la Octava Enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos, que reza: “*No será requerida fianza excesiva, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán castigos crueles e inusuales*”³. Resolviendo el recurso, la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia. La Corte Suprema del estado de Florida, por su parte, denegó la revisión de la condena. Finalmente, el asunto fue conocido por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, mediante una solicitud de *certiorari*⁴. En sentencia de 17 de mayo de 2010, con redacción del voto de mayoría de Justice KENNEDY, la Corte Suprema Federal determinó como inconstitucional, por infringir la Octava Enmienda, la imposición de la reclusión perpetua sin posibilidad de libertad condicional a delincuentes menores

¹ Forma parte la *probation* del proceso de dictación de sentencia y mediante ella el acusado es dejado en libertad bajo las condiciones impuestas por el tribunal y sujeto a la supervisión de un oficial de *probation*. Una violación de este régimen puede conducir a la revocación de este y a la imposición de una pena de reclusión. En algunas jurisdicciones de EE.UU., una de las condiciones permitidas es un breve período de encarcelamiento, el que, según la ley federal, no puede superar una extensión mayor a un año. Cfr. GIFIS (1996) pp. 394-395.

² Esta institución, en cierto modo análoga a nuestra libertad condicional del D.L. 321, no forma parte del proceso de dictación de sentencia, sino que autoriza una puesta en libertad sujeta a condiciones que permite a la persona servir el resto de la condena en el medio libre si se satisfacen todas las condiciones impuestas (típicamente reuniones con el oficial de *parole*, ejercicio de una profesión u oficio, desprenderse de la posesión de armas, evitar trato de criminales conocidos, etc.). Cfr. GIFIS (1996) pp. 360. Cabe consignar que el régimen de *parole* fue eliminado a nivel federal mediante la *Comprehensive Crime Control Act*, de 1984, respecto de los delitos federales cometidos con posterioridad al 1 de noviembre de 1987, cuyos responsables servirán condenas fijas, con una posibilidad de reducción de condena limitada por buen comportamiento de un 15%. En estos casos la supervisión luego de la puesta en libertad toma el nombre de *supervised release* y sus condiciones y revocación quedan ahora en manos de los tribunales y no en la *Parole Commission*.

³ Aquí y en adelante, salvo que se indique lo contrario, todas las traducciones son de los autores. El texto original de la Octava Enmienda es el siguiente: “*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*”.

⁴ Respecto de la Corte Suprema, la facultad de revisar la decisión de un tribunal inferior en una cuestión federal es facultativa de la Corte, si al menos cuatro de los nueve jueces que la integran votan a favor de escuchar el caso. Cfr. GIFIS (1996) p. 71.

de edad que no han cometido el delito de homicidio, revirtiéndose la decisión de la Corte de Apelaciones del Primer Distrito de Florida.

2. DOS POSIBLES VÍAS PARA EL EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

La sentencia en comento recoge las consideraciones contenidas en los precedentes de la Corte Suprema en el sentido que la cláusula de prohibición de castigos crueles e inusuales de la Octava Enmienda no solo comprende la proscripción de castigos inherentemente bárbaros, sino también de penas desproporcionadas al delito cometido. Se considera así como contenido en la Octava Enmienda el principio de que la pena por un delito debe ser graduada y proporcional en base al ilícito cometido⁵.

La sentencia agrupa los precedentes sobre el examen de proporcionalidad en dos grupos, que analizaremos separadamente a continuación. La primera clasificación se refiere a la consideración de la extensión temporal de la pena impuesta, atendidas todas las circunstancias del caso particular. La segunda se refiere a la aplicación del principio de proporcionalidad en base a restricciones categoriales de la pena de muerte.

2.1. EL ANÁLISIS CIRCUNSTANCIADO O CASO A CASO

Según se adelantó, en el primero de los grupos en que la sentencia clasifica la jurisprudencia previa de la Corte Suprema se encuentran aquellos fallos en que se toman en consideración todas las circunstancias del caso concreto para determinar si la sentencia resulta excesiva de un modo contrario a la Constitución.

La Corte destaca cómo, al aplicar el examen caso a caso en sus decisiones anteriores, se ha inclinado mayoritariamente por un criterio llamado de “proporcionalidad restringida” (*narrow proportionality*), donde, siguiendo el precedente establecido en *Harmelin v. Michigan*⁶, se entiende que la Octava Enmienda no exige proporcionalidad estricta entre el ilícito y la pena impuesta, sino que solo proscribía la desproporcionalidad extrema (*gross disproportionality*).

Al tenor de este criterio, se comienza por comparar la gravedad del ilícito cometido con la severidad de la sentencia. En aquellos “raros casos” en que esta “comparación desde el umbral” (*threshold comparison*) conduce a inferir que se está frente a una desproporción crasa, la Corte debe entonces comparar la sentencia dictada respecto del acusado con aquellas pronunciadas en otros casos en la misma jurisdicción y con las sentencias dictadas por el mismo delito en otras jurisdicciones; si este análisis confirma el juicio inicial de desproporcionalidad extrema, la pena entonces es cruel e inusual⁷.

⁵ *Graham v. Florida* (2010). Cita la Corte como precedente en este sentido *Weems v. United States* (1910).

⁶ *Harmelin v. Michigan* (1991), redacción del voto de mayoría de Justice KENNEDY. Con todo, de manera previa a *Harmelin*, algunas sentencias de la Suprema Corte fueron más allá de un principio de proporcionalidad restringida, como es el caso de *Solem v. Helm* (1983), donde se consideró como inconstitucional la pena de reclusión perpetua sin posibilidad de libertad por el séptimo delito no violento del acusado, el delito de girar un cheque en descubierto.

⁷ *Harmelin v. Michigan* (1991).

2.2. EL JUICIO CATEGORIAL

El segundo grupo de sentencias recurre no a un examen caso a caso, sino, en cambio, a reglas categoriales para definir los estándares propios de la Octava Enmienda. Este tipo de análisis en la jurisprudencia previa de la Corte Suprema se había restringido a la aplicación de la pena de muerte, formulándose reglas categoriales en relación con la naturaleza del delito cometido⁸ y también con la persona del sujeto activo⁹.

En los casos en que se ha adoptado una regla categorial, la Corte Suprema toma en consideración “indicios objetivos de los estándares de la sociedad, expresados en actos legislativos y en la práctica estatal”, a efecto de determinar si existe un consenso nacional en contra de la pena en cuestión¹⁰. Seguidamente, la Corte “guiada por los estándares elaborados por los precedentes y por el entendimiento e interpretación de la propia Corte sobre el texto, historia, sentido y finalidad de la Octava Enmienda”, debe determinar si el castigo en cuestión vulnera la Constitución¹¹.

La presente sentencia destaca como una particularidad del caso sometido a su consideración el que, a diferencia de otros casos previos en que se consideró la proporcionalidad de la duración temporal de una condena, aquí se establece una regla categorial, antes reservada a restricciones a la aplicación de la pena de muerte. Se ha puesto en entredicho no la falta de proporcionalidad de una condena en particular, sino la aplicación de una pena para una categoría de personas que han cometido un cierto delito, con lo cual la Corte desecha la aplicación del “criterio del umbral”, propio del análisis particular o caso a caso, inclinándose en cambio por el análisis categorial¹².

3. LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN LA DECISIÓN DE LA CORTE

3.1. LA REPROCHABILIDAD DEL ACUSADO COMO BAREMO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

La sentencia considera como no determinante de por sí el elemento del consenso de la comunidad, sobre el que se volverá con detención más adelante, juzgando como ineludible el ejercicio de un juicio independiente por parte de la Corte para efecto de interpretar la Octava Enmienda, juicio que, en opinión del voto de mayoría, importa necesariamente la consideración de la culpabilidad del sujeto¹³.

⁸ Así, se entiende como constitucionalmente inadmisibles la aplicación de la pena de muerte respecto de delitos diversos al homicidio. En tal sentido *Coker v. Georgia* (1977), relativo a la aplicación de la pena de muerte al delito de violación; también *Enmund v. Florida* (1982), sobre la aplicación de la pena de muerte a un partícipe de un robo en el curso del cual se comete un homicidio, sin que el acusado haya tomado parte en este o lo haya previsto.

⁹ En tal sentido *Roper v. Simmons* (2005), que proscribió la pena de muerte para quienes cometieron delitos de manera previa a cumplir los dieciocho años; de igual manera *Atkins v. Virginia* (2002), que prohibió la aplicación de la pena capital a personas con discapacidad intelectual.

¹⁰ *Roper v. Simmons* (2005).

¹¹ *Kennedy v. Louisiana* (2008).

¹² *Graham v. Florida* (2010).

¹³ *Graham v. Florida* (2010).

Siguiendo las conclusiones de *Roper v. Simmons*¹⁴, se toma en consideración la culpabilidad disminuida presente en los delincuentes juveniles para establecer su menor merecimiento de las penas más severas. Hace eco así el fallo del principio fundamental recogido desde larga data en la tradición penal de origen europeo continental relativo a la culpabilidad como medida de la pena¹⁵.

Discorre la sentencia –a partir de informes psicológicos acompañados en el proceso– atendiendo a la “falta de madurez y un sentido de responsabilidad subdesarrollado” de adolescentes en general en comparación con un adulto, siendo “más vulnerables o susceptibles ante influencias negativas e influencias externas”, concluyéndose de estos elementos una menor reprochabilidad de esta clase de sujetos como grupo, lo que hace difícil justificar, para delitos diversos del homicidio cometidos por menores, la aplicación de la segunda pena más severa conocida por el ordenamiento penal norteamericano, la reclusión perpetua sin posibilidad de libertad, especialmente devastadora en sus consecuencias para un menor^{16 17}.

3.2. EL RECURSO A LOS FINES DE LA PENA

Dentro del juicio independiente que la Corte sostiene debe realizarse, incluye el voto de mayoría interesantes consideraciones relativas a la finalidad de la pena, a partir de las cuales la Suprema Corte concluye la desproporcionalidad de aplicar la reclusión perpetua sin posibilidad de libertad a sujetos menores de edad por delitos diversos del homicidio como regla categorial. Si bien se reconoce por el fallo que la Octava Enmienda no impone ninguna concepción en particular sobre la finalidad de la pena¹⁸, se sostiene que los fines de una sanción penal no son indiferentes a efecto de determinar la adecuación de una pena a la señalada garantía, en cuanto “una condena que no satisface

¹⁴ *Roper v. Simmons* (2005).

¹⁵ En tal sentido, por vía ejemplar, CURY (2005) pp. 390-391, quien destaca, no obstante, que esta idea puede ser en cierto modo matizada por consideraciones de prevención general o especial, aunque sin que se renuncie a la culpabilidad cuando menos como límite máximo a la medida de la sanción. En *Harmelin v. Michigan*, Justice SCALIA, con aguda intuición, apunta a que resulta difícil hablar razonablemente de “proporcionalidad” una vez que se le otorga relevancia a criterios de prevención general negativa (*deterrence*) o de resocialización, toda vez que el concepto de “proporcionalidad” parece estar estrechamente relacionado con un entendimiento de la pena como retribución. Sin embargo, esto no es del todo así, pues, como se ha señalado, bien se puede en un modelo de prevención general o especial recurrir al merecimiento de pena como un límite para las consideraciones preventivas.

¹⁶ *Graham v. Florida* (2010).

¹⁷ Más aún, según lo destaca SILVA SÁNCHEZ (2008) p. 57, tras la existencia de un derecho penal especial de menores menos severo que el derecho penal común, aparte de los elementos como una mayor impulsividad o labilidad y de mejores posibilidades de resocialización de los jóvenes, se encuentra ante todo la idea que la responsabilidad individual de estos se encuentra matizada por una cierta corresponsabilidad social, existiendo en los menores inimputables por edad una imputación total a la sociedad y en aquellos menores imputables una imputación parcial. A partir de esto, el autor enjuicia críticamente la tendencia generalizada que clama por una rebaja de la “mayoría de edad penal” para el sometimiento de menores al derecho penal común.

¹⁸ Con ello se hace la sentencia en cierto modo parte del auge que en la actualidad parecen tener las teorías unificadoras o eclécticas de toda índole sobre los fines de la pena. Sobre estas, SILVA SÁNCHEZ (2010) pp. 325-326.

ninguna justificación penológica legítima es de suyo desproporcionada respecto del ilícito cometido”¹⁹.

En primer lugar, la sentencia sostiene que la pena impuesta no satisface una finalidad de retribución aceptable. Aun cuando el voto de mayoría afirma que la sociedad puede legítimamente imponer sanciones severas a delincuentes juveniles a efecto de expresar una condenación del delito cometido y buscar contrarrestar el desbalance causado por este, se afirma que la razón de la retribución está ligada necesariamente a la culpabilidad personal del agente, y ocurre que el fundamento de la retribución es más débil en el menor que en el adulto y más aún respecto del menor que no ha cometido homicidio, por lo que no resulta proporcional la imposición en tal caso de la segunda pena más severa del ordenamiento penal norteamericano²⁰.

Seguidamente, el voto de mayoría considera que la pena sometida a cuestionamiento tampoco satisface una finalidad de prevención general negativa (*deterrence*, en la tradición jurídica anglosajona). Ello en cuanto las características de los menores de edad que los hacen menos dignos de reproche penal que los adultos los hacen al mismo tiempo menos susceptibles de ser disuadidos de la comisión de un delito mediante la conminación de una pena, en atención a que “su falta de madurez y sentido disminuido de responsabilidad resultan a menudo en acciones y decisiones impetuosas y pobremente consideradas”^{21 22}.

En tercer lugar, el fallo toma en cuenta la polémica finalidad de “inocuidación” (*incapacitation*), extendida en la práctica y en la reflexión penal de tradición anglosajona y ahora vivamente discutida en el medio europeo continental²³, concluyendo el voto de mayoría que la pena infligida al recurrente tampoco satisface esta finalidad respecto de delincuentes juveniles que no han cometido el delito de homicidio. Se sostiene por el fallo que justificar la reclusión perpetua sin libertad bajo la asunción de que el sujeto importará de por vida un peligro para la sociedad conlleva la formulación de un juicio en el sentido de ser el menor definitivamente incorregible. Llama la atención la sentencia sobre lo cuestionable de semejante juicio, atendida la dificultad “incluso para psicólogos expertos para distinguir entre el delincuente juvenil cuyo delito refleja una desafortunada pero transitoria inmadurez y el raro delincuente juvenil cuyo delito refleja corrupción irreparable”, concluyendo la Suprema Corte que si bien el historial justifica-

¹⁹ *Graham v. Florida* (2010).

²⁰ *Graham v. Florida* (2010).

²¹ *Graham v. Florida* (2010), citando como precedente a *Johnson v. Texas* (1993).

²² Según lo destaca SILVA SÁNCHEZ (2010) p. 352, nota 163, las investigaciones empíricas parecen efectivamente indicar que “los jóvenes no se ven influidos decisivamente por la *gravedad* de la conminación penal”, resultando de mayor importancia para la prevención otros factores extrapenales.

²³ Para un examen de la cuestión de la inocuidación, SILVA SÁNCHEZ (2008) pp. 157 ss. Llama la atención este autor sobre cómo en la tradición europea continental la vinculación de la inocuidación con el positivismo marcó una exclusión de esta de la discusión teórica durante el último medio siglo, a diferencia del medio anglosajón, donde siempre ha estado presente a partir de un análisis habituado a la ponderación de costos y beneficios económicos. Sin embargo, destaca el auge que ha recobrado la discusión con la proliferación de legislaciones en la línea de *three strikes and you're out*, así como a nivel teórico la difusión de la inocuidación selectiva (*selective incapacitation*).

ba que el recurrente fuera apartado por un tiempo de la sociedad para prevenir un patrón de conducta criminal, de ello no se seguía el carácter incorregible del acusado²⁴.

Por último, la Suprema Corte reflexiona acerca de la resocialización (*rehabilitation*)²⁵, elemento propio de la prevención especial, como posible fundamento de la pena impuesta, sosteniendo que dicha finalidad tampoco es satisfecha. Afirma en tal sentido el voto de mayoría que “Al rechazar respecto del acusado el derecho a reingresar a la comunidad, el Estado realiza un juicio irrevocable acerca del valor de esa persona y del lugar que le cabe en la sociedad”, llamando además la atención acerca de la frecuencia con que en el sistema penitenciario norteamericano aquellos condenados a reclusión perpetua sin posibilidad de libertad son excluidos de programas de rehabilitación, todo lo cual evidencia lo desproporcionado de la sentencia para un menor de edad, posiblemente más receptivo a tales programas²⁶.

La Corte Suprema aclara que no es deber del Estado asegurar que efectivamente un menor que ha cometido un delito diverso del homicidio recobrará su libertad, pero sí es su deber asegurar “alguna oportunidad significativa de obtener la libertad basada en madurez y rehabilitación demostradas”; añadiendo la Corte que “La Octava Enmienda no excluye la posibilidad que las personas condenadas por delitos distintos del homicidio cometidos antes de la adultez permanecerán tras las rejas de por vida”, pero “sí prohíbe a los estados formular desde un inicio el juicio de que aquellos delincuentes nunca estarán preparados para reingresar a la sociedad”²⁷.

4. LA OCTAVA ENMIENDA: EL DEBATE ENTRE ORIGINALISTAS Y EVOLUCIONISTAS COMO PRINCIPAL ANTECEDENTE DE LA SENTENCIA

La Octava Enmienda ha sido objeto, particularmente durante todo el siglo XX, de profundas discusiones en el Derecho Constitucional norteamericano. Sin embargo, las mismas ya fueron de alguna forma anticipadas por algunos de los *Founding Fathers* doscientos años atrás. Quizá pueda referirse a modo ejemplar las palabras pronunciadas por IREDELL y LIVERMORE durante el debate en torno a la aprobación del *Bill of Rights*²⁸. IREDELL, respondiendo a algunas objeciones planteadas por George MASON en

²⁴ *Graham v. Florida* (2010).

²⁵ Pese al favor que tradicionalmente ha gozado en la tradición anglosajona, para la crisis de la resocialización como fundamento principal de la pena por motivos tanto empíricos como de legitimidad, vid. SILVA SÁNCHEZ (2010) pp. 25-36, 323-324.

²⁶ *Graham v. Florida* (2010).

²⁷ *Graham v. Florida* (2010).

²⁸ El debate en torno al *Bill of Rights* fue protagonizado por dos facciones políticas al interior del Primer Congreso Federal (1789). El primer grupo, los federalistas, dudaban acerca de la real necesidad de una declaración expresa de derechos. Ellos sostenían que la mejor fórmula de proteger los derechos de las personas era definiendo con claridad y limitando los poderes del gobierno central. Por otro lado, el segundo grupo, los antifederalistas, sostuvieron la necesidad de un *Bill of Rights* federal. Los antifederalistas exigían el cumplimiento del compromiso adquirido cuando el texto original de la Constitución fue aprobado, esto es, la posterior promulgación de un *Bill of Rights*. Quien resolvió la disputa fue, curiosamente, el federalista James MADISON, quien llega a una solución de compromiso, introduciendo el primer borrador del *Bill of Rights* en el Congreso. Vid. AMAR (2005) pp. 315-321.

torno a la Enmienda en cuestión, planteó que la expresión “penas crueles e inusuales” corría el riesgo de ser considerada “muy vaga... por cuanto no admite una clara y precisa definición”²⁹. Del mismo modo, LIVERMORE, durante el debate en la *House of Representatives*, reconociendo el “alto ideal humanitario” detrás de la Enmienda, entendía que “pareciera estar vacía”, por cuanto no se señalaba en la Constitución cuál era el órgano llamado a juzgar el contenido normativo de la Enmienda³⁰.

Respondiendo al cuestionamiento señalado por IREDELL, ha sido la Corte Suprema el órgano que, quizá de forma confusa en un principio, ha ido poco a poco precisando el contenido sustantivo de la Enmienda. En ese sentido, *Graham v. Florida* viene a ser un paso más dentro de ese proceso normativo. Quizá este caso es uno de los mejores ejemplos de los que disponemos para explicar la diferencia entre dos escuelas del pensamiento constitucional moderno en Estados Unidos. Nos referimos al debate entre la visión *originalista* y a la visión *evolucionista* de la Constitución. Así, mientras los Justices SCALIA y THOMAS aparecen defendiendo una posición *originalista* a ultranza, el voto de mayoría y la concurrencia resuelven el caso a partir de una visión *evolucionista*.

4.1. PLANTEAMIENTO DESCRIPTIVO DE LOS MODELOS INTERPRETATIVOS EN DISPUTA: ORIGINALISMO FRENTE A EVOLUCIONISMO CONSTITUCIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DE LA OCTAVA ENMIENDA

4.1.1. La visión *originalista* de la Octava Enmienda

El originalismo podría ser definido en términos generales como aquella tendencia interpretativa que busca discernir el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales a través de la intención que sus autores manifestaron el tiempo de su redacción³¹. De esa forma, el originalismo generalmente utiliza el elemento histórico de forma decisiva para resolver conflictos de constitucionalidad. Sin embargo, el originalismo –en cuanto teoría de interpretación constitucional en los Estados Unidos– admite ciertos matices que permiten clasificarlo en al menos dos escuelas. La primera, que llamaremos de un originalismo *estricto*, centra su esfuerzo en comprender el significado de la disposición constitucional a la luz de lo que constituiría la “historia fidedigna de la ley”, esto es, únicamente la intención del constituyente manifestada en los correspondientes documentos³². Un segundo grupo de originalistas, *moderados* los llamaremos, centran su atención en el texto de la disposición constitucional. Luego, tratan de comprender su sentido natural y obvio al tiempo de su promulgación, abriéndose al uso de precedentes para especificar ese significado. En este segundo

²⁹ IREDELL, James ([1788] 2000) pp. 376.

³⁰ HOUSE OF REPRESENTATIVES ([1789] 2000) pp. 377. En 1803, fue la Corte Suprema en el célebre caso *Marbury v. Madison*, la que tomó la atribución de determinar el contenido material de las disposiciones constitucionales.

³¹ BOBBITT (2005) pp. 711.

³² BOBBITT (2005) pp. 712.

grupo más importante que la intención del constituyente es el texto mismo sujeto a interpretación³³.

La visión originalista de la Octava Enmienda defiende la idea de que esta disposición solo prohíbe la aplicación de tormentos y de castigos inusuales, distintos de la privación de libertad y de la pena de muerte, por ejemplo. Por tanto, para los originalistas, la Octava Enmienda excluiría todo análisis de proporcionalidad.

Un pormenorizado análisis de esta posición es ofrecido por Justice SCALIA en *Harmelin v. Michigan*, uno de los precedentes que funda la sentencia de *Graham v. Florida*. Esencialmente, el argumento de SCALIA consiste en que el antecedente inmediato de la Enmienda en cuestión es uno de los artículos del *Bill of Rights* británico de 1689, el que –de acuerdo a la práctica judicial inglesa de aquel tiempo– solo prohibiría la aplicación de tormentos y penas extrañas al régimen de *Common Law*³⁴. Un segundo argumento historicista usado por SCALIA se fundaba en el común entendimiento que de la Enmienda existía a nivel de los estados. Estos, en sus distintas constituciones, junto con repetir el texto de la Octava Enmienda de la Constitución federal, agregaban una disposición especial que garantizaba la proporcionalidad entre penas y delitos³⁵. Luego, razona SCALIA, los estados comprendían perfectamente que la proporcionalidad no era un aspecto comprendido en la Octava Enmienda. Similar posición adoptaron los comentaristas de la Constitución al poco tiempo de su promulgación³⁶. Finalmente, SCALIA discurre en diversos fallos de cortes estatales dictados poco tiempo después de la promulgación del *Bill of Rights*, los cuales sostienen la tesis de que la Octava Enmienda solo restringe al legislador en el modo en que las penas son aplicadas³⁷.

En ese sentido, uno de los pocos fallos dictados por la Corte Suprema durante el siglo XIX parecen confirmar la tesis originalista. En *Wilkinson v. Utah* (1879), se cuestionó si la ejecución por fusilamiento decretada por la Corte Suprema estatal constituía una pena “cruel e inusual” a la luz de la Octava Enmienda. La Corte Suprema señaló en dicha oportunidad que ese tipo de ejecución no calificaba dentro de los términos de disposición constitucional, por cuanto la misma solo proscribía la aplicación de “castigos de tortura” y todos aquellos que implicaran una “innecesaria

³³ Para una adecuada comprensión del método propio de los originalistas *moderados* vid. BARNETT (2005) pp. 90-117.

³⁴ SCALIA refiere el famoso juicio que se llevó en Gran Bretaña en contra del pastor protestante Titus OATES, quien acusara falsamente a quince destacadas personalidades católicas de la Inglaterra de su tiempo de un “complot papista” (1685). Los quince católicos fueron ejecutados. Al descubrirse la verdad, OATES fue condenado por un tribunal civil a una serie de diversas penas, las que incluían el pago de una exorbitante multa, la exhibición pública en ciertos momentos del año, azotes, y presidio de por vida. OATES apeló a la Cámara de los Lores, quienes rechazaron su petición. Sin embargo, en el voto disidente, algunos lores plantearon que la sentencia en cuestión infringía el común entendimiento de la prohibición de castigos “cruels e inusuales” contenidas en el *Bill of Rights* británico. Para una lectura de la sentencia de la *House of Lords*, vid. KURLAND (2000) pp. 368-369.

³⁵ Un ejemplo de ello es la Constitución del estado de Pensilvania (1776), la cual en su artículo 38 establecía la necesidad de cierta proporcionalidad en el castigo impuesto por el legislador. Vid. KURLAND (2000) pp. 373.

³⁶ *Harmelin v. Michigan* (1991).

³⁷ Los fallos citados por SCALIA están contenidos en KURLAND (2000) pp. 379-387.

crueledad”. Por tanto, el eje de la Enmienda consideraba tan solo la prohibición de *ciertas modalidades* de castigo.

La única excepción respecto de este criterio historicista sería, a juicio de SCALIA, los casos que se refieren la pena de muerte. En cuanto la pena aplicable tiene un carácter definitivo y particular, ella admitiría un análisis de proporcionalidad respecto del delito que la justifica. Pero ese análisis de proporcionalidad no podría aplicarse a la imposición de penas de presidio, porque ellas serían esencialmente distintas.

En conclusión, el originalismo más extremo plantea una absoluta exclusión del análisis de proporcionalidad, el que de forma excepcional podría aplicarse tan solo a los casos que envuelven la pena de muerte.

4.1.2. *La visión evolucionista*

El denominado evolucionismo constitucional, al igual que el originalismo, es una tesis interpretativa que admite matices. Sin embargo, en términos generales, el evolucionismo busca interpretar las disposiciones constitucionales a la luz de los cambios y las necesidades que la sociedad experimenta a lo largo del tiempo³⁸. Ello genera, obviamente, un tipo de interpretación mucho más discrecional por parte de los jueces, restringe los márgenes de actuación de la legislatura, y flexibiliza la comprensión de los términos usados por el constituyente.

En cuanto la Octava Enmienda, la tesis evolucionista señala que esta disposición entiende como un castigo “cruel” toda pena desproporcionada al ilícito cometido. Aun cuando muchos evolucionistas reconocen que el sentido original de la enmienda no consideró la proporcionalidad como elemento justiciable, ellos entienden que cierto estándar de proporcionalidad es necesario en el contexto de una sociedad moderna. Toda la tesis está construida sobre los precedentes en los casos *Weems v. United States* y *Trop v. Dulles*. Ambos casos fueron profusamente citados por el voto de mayoría en *Graham v. Florida*.

En efecto, las disputas en torno a la correcta interpretación de la Octava Enmienda comienzan a partir de la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso *Weems v. United States* en 1910. En dicho caso, un funcionario norteamericano en las Filipinas fue condenado a quince años de trabajos forzados y al pago de una alta multa, amén de la privación de todos sus derechos ciudadanos, por una corte filipina. El caso fue conocido por la Corte Suprema, la cual declaró que la sentencia constituía una pena “cruel e inusual”. El problema se origina cuando Justice MCKENNA indica que la sentencia violaba la Octava Enmienda no solo por su carácter “cruel e inusual”, sino también por cuanto “toda pena asignada a un delito debe ser graduada y proporcionada al mismo”.

³⁸ Una primera aproximación a esta corriente de interpretación fue realizada por Justice HOLMES en la sentencia *Missouri v. Holland* en 1920. En dicha oportunidad, Justice Holmes refirió que los creadores de la Constitución no pudieron anticipar completamente el sentido y alcance de las palabras usadas por ellos mismos al tiempo de su redacción, por lo que los casos debían apreciarse “de acuerdo a la experiencia y no solamente en lo que se pensó cien años atrás”.

Esta frase abrió el debate contemporáneo acerca de la Octava Enmienda. Como se vio al analizar la tesis originalista, antes de *Weems* el análisis de la Corte se centraba solo en la *modalidad* de la pena, no en su *proporcionalidad*. Sin embargo, con posterioridad a *Weems*, la Corte comienza un tímido acercamiento a la cuestión de la proporcionalidad. Esto quiebra definitivamente el consenso que existía en torno al sentido y alcance de la Enmienda.

Muestra de ello es *Trop v. Dulles* (1958), en el cual la Corte, conociendo de un caso en el cual la pena aplicada era la privación de la nacionalidad, declaró que el significado de la Enmienda debía ser definido a partir de “los estándares de decencia que marcan el progreso de una sociedad que está en un constante proceso de maduración”. Dichos estándares, señaló la Corte, “evolucionaban”. Por tanto, la pena que un día podía ser considerada “decente”, podría, años más tarde, considerarse impropia a la luz de la Octava Enmienda.

En conclusión, los estándares de “decencia” de las penas irían variando en el tiempo, de acuerdo a la percepción social que de ellas exista. El papel de la Corte sería, básicamente, contrastar la pena con ese estándar social.

Dentro de la tesis evolucionista surgen dos tendencias. Tal como se explicó al principio de este trabajo, una de ellas es aplicable a los casos que refieren la aplicación de la pena de muerte, y la otra a los casos que refieren penas privativas de libertad.

Respecto de la primera tendencia, la Corte ha establecido criterios de análisis más flexibles y, por tanto, más extensivos de sus atribuciones, mientras que tratándose de la segunda, la Corte usa un estándar mucho más deferente hacia el legislador. Esta última es la denominada tesis de la “proporcionalidad restringida” que fuera planteada en *Solem v. Helm* (1983) y en *Harmelin v. Michigan* (1991).

En *Graham v. Florida*, la pluralidad de la Corte usó el primer criterio, que solo aplicaba a casos en que se aplicaba la pena de muerte. Mientras tanto, el voto concurrente de Justice ROBERTS ocupó el tradicional criterio de “proporcionalidad restringida”.

4.2. LA DISCUSIÓN EN TORNO AL SENTIDO DE LA OCTAVA ENMIENDA NO ES SOLO SEMÁNTICA

La distinción entre el análisis de la sola *modalidad* del castigo (originalismo) y el análisis de la *proporcionalidad* del mismo en relación al delito castigado (evolucionismo) genera profundas consecuencias de carácter constitucional, las que refieren esencialmente al estándar de control de constitucionalidad que la Corte puede aplicar.

Cuando la Corte analiza la constitucionalidad de un castigo a partir de la *modalidad* del mismo, la Corte tan solo debe analizar si la pena en cuestión es *cruel e inusual*. Históricamente se ha entendido que una pena es “cruel” e “inusual” cuando conjuntamente implique la aplicación de un tormento y tenga un carácter absolutamente extravagante y grotesco. Esto último, a la luz de las penas que tradicionalmente son impuestas por el sistema penal norteamericano, tales como las multas, las penas privativas y restrictivas de libertad y de otros derechos, así como la pena de muerte.

El descrito estándar de revisión otorga al legislador un amplio margen de discrecionalidad respecto de las penas. Así, mientras la pena no constituya un tipo de tormen-

to y no tenga carácter grotesco, esta es perfectamente constitucional. Por tanto, este estándar implica un control de constitucionalidad sumamente restringido y acotado, radicalmente deferente hacia la autoridad legislativa³⁹.

Por el contrario, cuando la Corte analiza la constitucionalidad de una pena a la luz de su proporcionalidad, este órgano está llamado a efectuar un *ejercicio de comparación*. Dicho ejercicio implica *per se*, un análisis constitucional de mayor densidad, en el cual la Corte tiene mayores atribuciones revisoras. Este juicio implica también el uso de elementos *valorativos*, por cuanto es necesario mensurar la gravedad del delito para compararla con la pena aplicada. En este estándar la Corte dispone de mayores grados de discrecionalidad, lo que va en directo detrimento de la determinación legislativa.

La disputa que existe detrás de estas dos tesis involucra dos aspectos. El primero de ellos es el papel que desempeñan el texto y la tradición en el análisis constitucional, y, el segundo, el grado de deferencia que el *judicial review* debe mostrar hacia las legislaturas.

En cuanto al primer aspecto, considerar la Constitución como un instrumento jurídico en constante y permanente evolución, obviamente afecta uno de los principios en los que toda carta fundamental se encuentra basada, esto es, su rigidez y permanencia en el tiempo. Por otro lado, el respeto de la tradición constitucional supone generar un entendimiento más o menos común acerca de las instituciones y términos de la Carta Fundamental. La tradición constitucional, por tanto, permite generar grados de estabilidad y predictibilidad propios de todo sistema jurídico eficiente. El quiebre abrupto que supone esa tradición genera áreas de incertidumbre y abre paso a una discusión que en su núcleo es más política que jurídica.

En cuanto el segundo punto, un análisis flexible de la Constitución permite dotar a las cortes de mayores grados de discrecionalidad. De igual forma, dicha discrecionalidad puede potencialmente abrir paso a discusiones que podrían ser extrajurídicas. Así, por ejemplo, las cortes podrían utilizar las ciencias sociales como parámetros de análisis que reflejan la evolución de la sociedad en torno a ciertos temas jurídicamente de importancia. Ese tipo de análisis aumenta el poder de las cortes en detrimento de las facultades de legislador. Ello porque las cortes en su análisis podrán mostrar menos deferencia hacia la razonabilidad de los argumentos en los que las legislaturas fundan sus decisiones.

Como es posible apreciar, la discusión respecto al significado de la Enmienda afecta directamente el modo de entender que es una Constitución y cuál es el papel del Poder Judicial en un estado de Derecho.

5. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS CRÍTICO DEL VOTO DE MAYORÍA

El voto de mayoría en *Graham v. Florida* fue redactada por Justice KENNEDY, quien también fuera el redactor de *Roper v. Simmons*, caso en el cual la Corte, junto con declarar que la ejecución de menores de 18 años de edad es contraria a la Octava Enmienda, estableció un criterio de culpabilidad disminuida para los menores.

³⁹ SCALIA en *Harmelin v. Michigan* (1991).

KENNEDY usa, pues, este precedente para resolver el problema de constitucionalidad planteado en *Graham v. Florida*. Dicho problema era si la aplicación de la pena de reclusión perpetua sin derecho a *parole*, impuesto a menores de 18 años por la comisión de delitos que no constituyen homicidio infringía la Octava Enmienda de la Constitución federal⁴⁰.

5.1. LOS FACTORES CONSIDERADOS EN EL ANÁLISIS DE KENNEDY

Tal como fue señalado anteriormente, KENNEDY es partidario de la teoría evolucionista de la Octava Enmienda⁴¹. Por tanto, sostiene la idea de que la disposición en cuestión recoge el principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas.

En cuanto al análisis de la proporcionalidad, KENNEDY opta por utilizar el denominado juicio categorial en vez del juicio circunstanciado o caso a caso. Hasta *Graham v. Florida*, este último criterio era utilizado por la Corte para analizar si la aplicación de una determinada pena privativa de libertad era desproporcionada. Por el contrario, KENNEDY recurrirá en su análisis el estándar que la Corte hasta entonces aplicaba tan solo a los casos relativos a la pena de muerte. Esto es, evidentemente, un quiebre en la línea del precedente.

Por tanto, para determinar si una pena es desproporcionada, KENNEDY sigue los siguientes pasos: primero, determinar si existe un “consenso” nacional en contra de la pena en cuestión; segundo, analizar el grado de culpabilidad del condenado; y, tercero, contrastar el tipo de delito cometido y su gravedad.

Respecto al primer paso, KENNEDY trata de encontrar estándares objetivos para definir la existencia de cierto consenso en torno a la pena aplicada a Graham. Esos estándares objetivos están determinados a partir de las legislaciones estatales. De los 50 estados, 37 consideran en su legislación la aplicación de la pena de reclusión perpetua sin posibilidad de *parole* para los menores de 18 años. Pese a ello, KENNEDY concluye que existe un consenso nacional en el sentido del rechazo de la pena, porque la aplicación de esas penas ha caído prácticamente en desuso y son muy excepcionales. El redactor refiere que al año 2010 tan solo 109 menores se encuentran cumpliendo dicho tipo de penas. De allí que se afirme la existencia del consenso.

En cuanto al segundo paso en el razonamiento de KENNEDY, el *Justice* analiza el grado de culpabilidad que tienen los menores de edad en general. Para ello, utiliza los criterios del referido caso *Roper v. Simmons*. Tal como se señaló en la primera parte de

⁴⁰ En este punto es bueno hacer una precisión al lector. Tradicionalmente, las garantías cubiertas por el *Bill of Rights* de la Constitución norteamericana son solo aplicables a específicas acciones del gobierno federal. Por tanto, y, en principio, ellas no son aplicables a los estados, los que en sus propias constituciones disponen también de ciertas declaraciones de derechos. Sin embargo, usando la XIV Enmienda de la Constitución (*due process of Law* o “debido proceso”) la Corte Suprema ha ido “incorporando” ciertos derechos del *Bill of Rights* federal en contra de los estados. Tratándose de la Octava Enmienda, la Corte la hizo aplicable en contra de los estados a partir del caso *Robinson v. California* (1962). El debate en torno a la “incorporación” no ha concluido en el Derecho Constitucional norteamericano. Prueba de ello es la reciente decisión de la Corte en *McDonald v. Chicago* (28 de junio de 2010), la que hizo aplicable la Segunda Enmienda –con su polémico derecho a la posesión y manejo de armas– a los estados.

⁴¹ *Harmelin v. Michigan* (1991) y *Roper v. Simmons* (2005).

este trabajo, la Corte concluye el principio de culpabilidad disminuida respecto de todos los menores de dieciocho años.

Finalmente, KENNEDY refiere la entidad del delito cometido por Graham, así como la gravedad de la pena aplicada. En cuanto los delitos del condenado, la Corte los entiende como menores, por lo que la pena asociada a los mismos deben ser inferiores a aquellas consideradas para delitos más graves, como el homicidio. Por otro lado, KENNEDY analiza la pena impuesta al acusado. La reclusión perpetua sin derecho a *parole* solo podría ser comparado, afirma el redactor, con la pena de muerte. En este caso, tal como ocurre con la pena capital, el Estado afecta la vida del sujeto de una forma “irreversible”, por cuanto “lo priva de sus más básicas libertades sin esperanza alguna de restauración”. Tratándose de un menor, agrega KENNEDY, la situación es aún peor, porque separa al menor de la sociedad sin darle la posibilidad de demostrarle a esta una potencial “maduración”. De allí la Corte concluye la extrema gravedad de la pena y la necesidad de crear una “regla categorial” aplicable a todos los menores, tal como la existe respecto de la pena de muerte.

Un punto aparte merece la mención que KENNEDY hace del concepto de “resocialización” que estaría contenido en la Octava Enmienda. De acuerdo a la Corte, si un estado niega a un menor el derecho a reincorporarse a la sociedad después de cometer un delito que no constituye homicidio, existiría una infracción de la Octava Enmienda.

Tras su análisis, el voto de mayoría, representado por KENNEDY, concluye que la pena de presidio perpetuo sin derecho a *parole* aplicada a cualquier menor de 18 años por delitos que no constituyan homicidio es *siempre* desproporcionada y, por tanto, contraria a la Octava Enmienda.

5.2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA POSICIÓN DEL VOTO DE MAYORÍA

En cuanto al resultado de la sentencia, compartimos definitivamente el criterio de la Corte en el sentido que la pena aplicada al menor sancionado en este caso concreto era desproporcionada. Claramente sancionar a un menor, cuyo grado de culpabilidad *generalmente* se ve disminuido, con la pena de reclusión perpetua sin posibilidad de *parole* por delitos menores resulta difícilmente justificable.

Por tanto, consideramos acertada la invocación del principio de proporcionalidad para resolver este caso específico. Si se observan las diferentes posturas constitucionales en torno a la Octava Enmienda, todos, tanto originalistas como evolucionistas, comparten la importancia del papel que juega el principio de proporcionalidad. Nadie, ni siquiera Justice SCALIA, se atreve a negar su existencia. La divergencia está, esencialmente, en el ámbito de su aplicación y en los estándares constitucionales de su apreciación por parte de las cortes. Así, por ejemplo, mientras los originalistas son partidarios únicamente de aplicar el principio a los casos relativos a la pena de muerte, los evolucionistas abogan también por su aplicación a los casos de penas privativas de libertad.

Volviendo a la sentencia misma en comento, si bien se concuerda con lo resuelto, es necesario formular ciertas críticas al marco analítico utilizado por la Corte para resolver el caso. En primer lugar, la crítica se dirige hacia la necesidad del establecimiento judicial de una “regla categorial” respecto a los menores. En segundo lugar, la crítica se dirige hacia la argumentación misma usada por KENNEDY para decidir la despropor-

cionalidad de la pena aplicada al menor en cuestión. Finalmente, la tercera crítica, de carácter más institucional, refiere al papel que le corresponde a la Corte en el análisis del principio de proporcionalidad de las penas.

5.2.1. Primera crítica: la necesidad del juicio categorial

Tal como se analizó en un principio, la Corte disponía de dos mecanismos para resolver este caso. Un primer mecanismo era el tradicional análisis circunstanciado o caso a caso. El segundo, era el juicio categorial. Mientras el primero era aplicado para mensurar la proporcionalidad de las penas privativas de libertad, el segundo solo afectaba los casos en que se juzgaba la proporcionalidad de la aplicación de la pena de muerte.

Una importante diferencia entre ambos tipos de juicio constitucional radica en los efectos procesales de la sentencia: mientras la sentencia derivada de un el análisis circunstanciado solo se aplica a las partes envueltas en el caso, el juicio categorial crea una regla de alcance general que se impone no solo a las partes del proceso, sino a todo el ordenamiento. Y esto último a propósito de un caso particular.

La segunda gran diferencia entre ambos estándares constitucionales es el alcance de la discrecionalidad judicial. Mientras en el análisis caso a caso la Corte solo pueda declarar la inconstitucionalidad de la pena si esta es “groseramente desproporcionada”, en el juicio categorial, el juez tiene, dentro de ciertos parámetros, una mayor libertad de apreciación. La consecuencia práctica es que el primer mecanismo de análisis muestra un mayor grado de deferencia hacia el legislador que el segundo. La razón de esta diferencia se basa en que el juicio categorial fue utilizado por la Corte tan solo respecto a los casos de pena de muerte. Dado que la pena de muerte tiene un carácter especial, entonces se justificaba esa mayor discrecionalidad judicial, la que no se aplicaba respecto a los casos de análisis de penas privativas de libertad, cuya naturaleza difería de aquella.

El juicio categorial es *per se* un instrumento normativo sumamente delicado y excepcional en el Derecho Constitucional. Una sentencia proveniente de un análisis categorial produce efectos generales. Por tanto, en cierta forma podría constituir una suerte de mecanismo legislativo. De allí lo controversial de su existencia.

Pues bien, a pesar de su excepcionalidad, la Corte resolvió este caso aplicando un análisis categorial que no se justificaría del todo. Esta decisión declaró inconstitucional todo tipo de reclusión perpetua sin posibilidad de *parole* aplicada respecto de menores por delitos que no constituyan homicidio. Justice ROBERTS en su voto disidente, usa el tradicional criterio circunstanciado y llega a las mismas conclusiones.

Las razones que la Corte dio para usar este tipo de juicio fueron: a) la existencia de un grupo amplio de personas respecto de las cuales la pena sería aplicable, b) las dificultades técnicas que enfrentarían las cortes al mensurar la gravedad de la pena con el delito correspondiente, c) la posibilidad de que los jurados, escandalizados por la gravedad del delito decidieran la culpabilidad del acusado sin analizar las circunstancias fácticas que hubiesen atenuado la responsabilidad penal del menor, d) las dificultades que el menor enfrenta dentro del proceso penal producto de su desconocimiento, y e) la posibilidad que, prohibida la denegación de *parole* a los menores, estos puedan reformarse y ser resocializados.

En primer lugar, la existencia de un grupo amplio de sujetos a quienes la pena podría ser aplicada no justifica el uso de la regla categorial. Si existe un grupo amplio de la población que puede verse afectado por la aplicación de una norma legislativa, corresponde su modificación al legislador, no al juez. Esto es especialmente aplicable tratándose del ámbito penal, en el cual la regla general es que las legislaturas gozan de la discrecionalidad para formarse un juicio prudencialmente acerca de la gravedad de un delito a través de la asignación de su correspondiente sanción. Dentro de este modelo, las cortes solo excepcionalmente pueden declarar la desproporcionalidad de una de esas penas. Por ello es que, en cuanto instrumento, el juicio circunstanciado o caso a caso, es más acorde con el equilibrio institucional de los poderes del Estado.

En segundo lugar, detrás del razonamiento de la Corte existe una profunda desconfianza no solo hacia el legislador, sino hacia las cortes en general y, particularmente, hacia el sistema de jurados. KENNEDY arguye que una intervención judicial de carácter federal es necesaria dadas las dificultades técnicas que involucra el juicio circunstanciado y el posible “escándalo” que, motivado por la gravedad del delito, pudiese nublar el juicio de los jurados al momento de conocer de los casos. Creemos que ello no se justifica. Primero, las cortes locales tienen un mejor conocimiento de los hechos de cada caso, por lo que se hallan en mejor posición de juzgar las circunstancias del mismo. Segundo, y dentro del esquema criminal americano, los jurados representan el sentir de la sociedad. Si una pena es desproporcionada al delito cometido por un menor, los estándares sociales del ciudadano tenderán a evitar la aplicación de la misma. La Corte, sin embargo, desconfía del sentido común del ciudadano medio. Si de parte de la Corte existe esa desconfianza hacia el funcionamiento del modelo criminal, la vía constitucionalmente correcta de solución es la enmienda legislativa, no la decisión judicial.

En cuanto a la resocialización, y tal como lo hace notar en su voto concurrente el Chief-Justice ROBERTS, la aplicación del juicio categorial no representa una opción correcta de política pública. Si bien existe un consenso general acerca de la culpabilidad disminuida de los menores, esa disminución de la culpabilidad puede variar dependiendo de las circunstancias. Quizá puedan existir casos en que cierto tipo de menores, dotados de un alto grado de madurez y, al menos, plenamente capaces de distinguir entre el bien y el mal, cometan delitos muy graves que no sean constitutivos de un homicidio, como por ejemplo, una violación. El juicio categorial realizado por la Corte asegura un igual tratamiento a aquellos menores que realmente carecen de todo juicio y a aquellos que sí disponen de mayores grados de madurez personal.

5.2.2. Segunda crítica: el respeto de los márgenes de discrecionalidad de las legislaturas estatales y el respeto al sistema Federal

El sistema constitucional norteamericano funciona a partir de la aplicación de dos tipos de “*checks and balances*”. El primero opera a nivel federal, entre el Presidente, el Congreso, y las cortes. El segundo, es de carácter institucional, y opera entre el gobierno

federal y los distintos estados. Estados dotados de autonomía y con competencias propias permitirían limitar el ejercicio del poder federal⁴².

Una de las áreas que tradicionalmente ha sido entregada a la regulación de los estados ha sido el relativo a los delitos y penas. La lógica del sistema es la siguiente: como existe una profunda diversidad entre los distintos estados que constituyen los Estados Unidos, entonces es razonable que cada estado, a través de sus propias legislaturas, determine la gravedad de ciertos delitos y asignen una pena a ellos de acuerdo a la percepción social que de esos delitos existe en un momento determinado. De acuerdo a esta lógica, es razonable que un estado de la Costa Este tenga una percepción distinta de la pena a aplicar que las de un estado del Medio Oeste, por ejemplo.

Sin embargo, las cortes federales, aplicando la Octava Enmienda, tienen la posibilidad de operar como “*checks and balances*” de las legislaturas estatales en cuanto la proporcionalidad de dichas penas. En este proceso las cortes federales deben mostrar una profunda deferencia hacia la decisión que han adoptado los estados. En cuanto el juicio circunstanciado, este permite a las cortes federales declarar la inconstitucionalidad de una pena solo si, atendidos los elementos fácticos del caso, existe una “grosera desproporcionalidad”, instrumento que permite armonizar adecuadamente la autonomía de los estados con la necesidad de control federal.

Cuando la Corte en *Graham v. Florida* realiza un juicio categorial genera mayores espacios de poder para el gobierno federal, del cual la Corte es una institución. Esos mayores espacios de poder adquiridos por la Corte operan en detrimento de las competencias de los estados de la Unión. De allí que el análisis aplicado al caso por KENNEDY sea criticable también desde una perspectiva institucional.

La Corte al generar una regla de aplicación general a partir de un caso concreto aumenta, indiscutiblemente, su poder dentro del esquema constitucional norteamericano, ahora en detrimento de las competencias de los estados. Ese creciente nivel de poder ha sido criticado constantemente⁴³. Especialmente porque la Corte tiene, en la práctica al menos, el monopolio de la interpretación constitucional, y, por otro lado, no se encuentra, prácticamente, sujeta a ningún “*check and balance*”. Esa ausencia de limitaciones respecto de la Corte la hace un órgano realmente único dentro del esquema constitucional. *Graham v. Florida* no es, entonces, sino un paso más en el dramático proceso de “centralización constitucional” que la Corte ha venido desarrollando a partir del *New Deal*⁴⁴.

⁴² *The Federalist* N° 51 ([1788] 2001)

⁴³ BORK (2008), pp. 279-284.

⁴⁴ El “*New Deal*”, o “*política del nuevo trato*”, refirió principalmente las soluciones económico-sociales implementadas bajo la administración del Presidente Franklin Delano ROOSEVELT para superar la crisis económica de 1920 en los Estados Unidos. Ellas implicaban, en términos prácticos, una mayor participación del gobierno federal en la regulación de materias que tradicionalmente estaban sujetas a la mera decisión legislativa estatal. Ello significó el fin del “*substantive due process*” en materia económica y una fuerte limitación de la libertad contractual. A través de esta jurisprudencia, la Corte Suprema traspasó, en la práctica, una serie de nuevos poderes al gobierno federal en detrimento de los estados. Con el tiempo, el énfasis de la revisión judicial pasó desde el área económica al área de las decisiones relacionadas con temas que podríamos llamar “valóricos”, tales como el aborto o la anticoncepción. En ese sentido, los estados

5.2.3. Tercera crítica: aplicación incorrecta del juicio categorial

Asumiendo que la aplicación del juicio categorial era necesaria por parte de la Corte, creemos que el análisis desarrollado por la Corte es defectuoso. Tratándose del juicio categorial, el primer requisito necesario para determinar la desproporcionalidad de la pena es el consenso existente a nivel nacional en contra de la misma. Justice KENNEDY, para determinar la existencia de ese consenso, acude a la aplicación concreta que de ella han hecho los estados en el último tiempo.

Creemos que el instrumento de análisis del consenso utilizado por la Corte es erróneo. En ese sentido, recogimos la crítica que Justice THOMAS desarrolla en su voto disidente. Él señala que el relativo desuso en que ha caído la aplicación de la pena de reclusión perpetua sin posibilidad de *parole* respecto de los menores no es suficiente para asegurar un consenso nacional en contra de la misma, cuando al menos 37 estados la recogen en sus legislaciones particulares.

Esa afirmación es plenamente válida a la luz del sistema federal norteamericano. La expresión social de la gravedad de un delito está representada a través del juicio del legislador, no del juez. Son las legislaturas las que expresan el sentir de la comunidad hacia ciertos tipos de delitos, y, por tanto, son ellas las llamadas a asignarles la pena correspondiente⁴⁵.

también han sido privados de decidir en torno a estos temas, por cuanto la Corte ha ido transformando aspiraciones de ciertos grupos sociales en derechos. En cuanto al significado constitucional del “*New Deal*”, vid. WIECEK (2005) pp. 678.

⁴⁵ Este es también el criterio que ha adoptado el Tribunal Constitucional chileno. Un buen ejemplo de su aplicación está contenido en la sentencia Rol N° 786 del año 2007, en el cual el Tribunal se pronunció respecto de la constitucionalidad del artículo Único N° 3 del proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. La disposición objeto del recurso obligaba al juez a aplicar la pena de “internación en régimen cerrado con programa de reinserción social” al menor infractor, si la pena asignada al delito era superior a cinco años. Con ello se limitaban los márgenes de discrecionalidad judicial en esta área. Los diputados requirentes señalaron que esta modificación infringía los artículos 37, 40, y 41 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, esencialmente, porque la pena impuesta constituía “un trato inhumano” que infringía el principio de que la privación de libertad en los casos que afectaban menores era siempre de última *ratio*. La afectación de estas normas de la Convención, de acuerdo a los requirentes, constituía una infracción del artículo 5° inciso segundo de la Constitución. Sin embargo, el Tribunal –refiriendo jurisprudencia constitucional alemana, francesa, española, y latinoamericana– rechazó el recurso presentado por dos razones de fondo. Primero, porque la determinación tanto de la cuantía de la pena, así como su modalidad de cumplimiento eran “resortes exclusivos del legislador”. En esas áreas, el Tribunal indicó, la competencia del legislador es exclusiva, de acuerdo al artículo 19 N° 3 incisos 7° y 8° de la Constitución. La segunda razón invocada fue que la pena asignada por el legislador al menor infractor se encontraba dentro de los “límites precisos” definidos por la Constitución a la ley. En este punto, es interesante analizar las precisiones del Tribunal. Los límites fijados al legislador en el área penal serían precisos: la no aplicación de “apremios ilegítimos” (artículo 19 N° 1 de la Constitución) y la no confiscación de bienes y derechos previsionales (artículo 19 N° 7 de la Constitución). De hecho, es sorprendente que el Tribunal expresamente no señalara la arbitrariedad (artículo 19 N° 2 de la Constitución) como uno de esos límites “precisos” del legislador. Lo que sí refiere el Tribunal es la necesidad de excluir todo tipo de “control de mérito” sobre las leyes penales. Quizá un criterio un poco más abierto al control jurisdiccional está contenido en la sentencia Rol N° 541 de 2006, en el cual el Tribunal resolvió, en sede de inaplicabilidad, la constitucionalidad del artículo 42 inciso primero de la Ley de Concesiones. Dicha norma sancionaba a quien incumplía el pago de la tarifa o peaje al pago de una indemnización compensatoria equivalente a 40 veces el monto del pago

Es por eso que, cuando se busque hacer un correcto análisis acerca del consenso en contra de una pena en particular, la decisión legislativa de los estados es de capital importancia. Si bien la decisión judicial guarda interés, la decisión legislativa permite afirmar la voluntad de la comunidad de permitir la aplicación de una pena dentro de su jurisdicción.

6. EL DERECHO COMPARADO COMO INSTRUMENTO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Un tema al que la sentencia *Graham v. Florida* se refiere es al uso del Derecho Comparado como instrumento de análisis para la determinación del carácter desproporcionado de una pena. Justice KENNEDY afirmó que, si bien las experiencias comparadas no son “decisivas” para interpretar el sentido de la Octava Enmienda, ellas “no son irrelevantes” para el análisis.

Esta idea no es nueva dentro del contexto del análisis de proporcionalidad realizado por la Corte en los casos relativos a la Octava Enmienda. Por ejemplo, en *Trop v. Dulles* (1958), la Corte ya había utilizado expresamente este instrumento de análisis, revisando si la privación de nacionalidad por el delito de deserción era común en la “comunidad internacional de las democracias”. Similar uso de esta herramienta hizo la Corte en *Edmund v. Florida* (1982) respecto a la aplicación de la pena de muerte a un cómplice de homicidio, y en *Roper v. Simmons* (2005), en la cual sostuvo que la aplicación de la pena de muerte a un menor de dieciocho años era inconstitucional.

El uso de este mecanismo auxiliar de interpretación ha sido criticado duramente en los Estados Unidos. Particularmente crítico ha sido Justice SCALIA, quien, por ejemplo, en *Roper* manifestó que el Derecho Constitucional norteamericano era tan particular en su tipo que no era lógico analogarlo con instituciones comparadas o con interpretaciones que tribunales extranjeros hubiesen hecho de disposiciones constitucionales relativamente similares. Ejemplo de ello, señala SCALIA, son los temas relativos a la “prueba ilícita”, al aborto, y a la cláusula de separación Iglesia-Estado⁴⁶.

En su conclusión en cuanto al uso del recurso comparado, SCALIA es extremo. La Corte no solo no debe dar valor dispositivo al Derecho Comparado, sino que ni siquiera debe usarlo como “base de razonamiento” en sus decisiones. Justice SCALIA concluye su crítica haciendo ver que el uso del Derecho Comparado es falaz. Por un lado, se invoca aquel que permite apoyar la decisión que se adopta, pero no se considera el que va en una dirección opuesta. Aquello –agrega SCALIA– no sería sino puro “sofismo”⁴⁷.

incumplido. En esta ocasión, el Tribunal entró a analizar si el monto de esta “pena civil” era razonable y no arbitraria. El criterio de razonabilidad utilizado fue sumamente acotado: se exigió que la sanción fuera coherente con los “fines legítimos perseguidos”. De acuerdo al Tribunal, en cuanto la multa tenía un carácter disuasivo, su carácter era perfectamente justificado. El análisis de estos dos casos, aunque distintos en su contexto, permite concluir una suerte de reconocimiento por parte del Tribunal de una amplia área de discrecionalidad legislativa en el área punitiva.

⁴⁶ *Roper v. Simmons* (2005).

⁴⁷ *Roper v. Simmons* (2005).

Creemos que la posición expuesta es exagerada. Si bien el uso del Derecho Comparado como instrumento de interpretación constitucional no puede ser dispositivo y tiene serias limitaciones *per se*, su uso por parte del intérprete constitucional es válido en la medida que el constitucionalismo se nutre de una serie de valores supralegales representativos de principios de justicia inherentes a la naturaleza humana. Tal como Edward S. CORWIN reconocía, “Tempranamente, el principio de supremacía constitucional encontró su justificación más que en su fuente de origen (...) en el contenido mismo de la constitución, en la medida que su texto representara principios de esencial e inmutable justicia”. Agrega CORWIN que detrás de las normas constitucionales deben “existir ciertos principios de Derecho y Justicia, los que –no siendo generados por la voluntad de los seres humanos– expresan su propia naturaleza... Ellos son eternos e inmutables”⁴⁸.

En la medida que las normas de Derecho Comparado expresen esos principios de justicia comunes al constitucionalismo, su uso auxiliar por parte del intérprete es válido. Por tanto, se concuerda con la postura que la Corte adoptó al respecto en *Graham v. Florida*.

7. EXAMEN CRÍTICO DE LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS DEL VOTO DE DISIDENCIA DE JUSTICE THOMAS

En *Graham v. Florida* Justice THOMAS redactó el voto de disidencia. Los argumentos esencialmente utilizados fueron: a) la Octava Enmienda rechaza cualquier tipo de juicio de proporcionalidad, b) en el caso en que se aceptara el juicio de proporcionalidad, la aplicación del juicio categorial es incorrecta por dos razones: la primera, de acuerdo al precedente de la Corte el juicio categorial se aplica solo a los casos de pena de muerte, y, la segunda, es que el juicio de proporcionalidad de penas privativas de libertad altera el equilibrio de poderes propio del Federalismo.

En cuanto al primer argumento, si bien es cierto que la intención original de los *Founding Fathers* fue proscribir la aplicación de tormentos y penas extrañas al *Common Law*, no es menos cierto que el desarrollo jurisprudencial ha incorporado el principio de proporcionalidad como elemento de análisis propio de la Enmienda. En ese sentido, la desproporción de una pena la convierte, necesariamente, en “cruel” de acuerdo a la terminología constitucional. La adhesión al precedente en este caso es importante por dos razones: una sustantiva y otra institucional.

La primera razón, de carácter sustantivo, es que la proporcionalidad entre la pena y el delito es un principio de justicia natural. De allí que su no inclusión, fundada tan solo en un análisis de la supuesta voluntad del constituyente, resulta incorrecta. Es posible disentir en torno a los estándares relativos al control de proporcionalidad usados en *Graham* por la Corte, pero no es posible discutir su existencia en cuanto herramienta de análisis constitucional. Asimismo, es interesante notar que un análisis centrado en el significado natural del texto no fuerza el sentido de la expresión. Obviamente, toda pena “desproporcionada” reviste ciertos grados de “crueldad” no permisibles para el Derecho

⁴⁸ CORWIN ([1928] 2008), pp. 4.

Constitucional. De allí que no participemos del criterio originalista estricto y extremo propugnado por THOMAS en su voto disidente.

Una segunda razón, de carácter institucional, es la necesidad de generar espacios de certeza dentro de la jurisprudencia constitucional. Esos espacios de certeza vienen dados por un cierto grado de respeto hacia el precedente. En ese sentido, y tratándose de un tema que no contraría los principios de justicia natural, parece razonable evitar un cambio brusco de la jurisprudencia de la Corte en cuanto la aceptación del principio de proporcionalidad.

Tal como se señaló anteriormente, consideramos razonable la crítica que tanto THOMAS en su disidencia como ROBERTS en su concurrencia hacen del uso del juicio categorial. El alcance de la decisión es demasiado general y limita la posibilidad de que los jurados puedan apreciar en el marco del proceso criminal las particularidades de cada caso concreto. En ese sentido, THOMAS refuerza la idea de que este tipo de análisis tiene un alcance absolutamente legislativo e implica un juicio de valoración que, en esencia, corresponde al legislador estatal, no al juez federal. Por tanto, la aplicación de este juicio infringe necesariamente el equilibrio de poderes existente a nivel institucional entre el gobierno federal y los estados.

Asimismo, el voto disidente explica que la aplicación del juicio categorial a sentencias que aplican penas privativas de libertad era contrario a los precedentes previos de la Corte, particularmente *Solem v. Helm* y *Harmelin v. Michigan*. Esto es, básicamente, correcto. La amplitud de juicio que involucra el juicio categorial tiene lógico dentro del contexto extremo en el cual es aplicada: la pena de muerte. Pero fuera de esos casos, la regla general es la deferencia hacia el legislador estatal. Esa deferencia se manifiesta en el juicio circunstanciado, en el que solo excepcionalmente podrá declararse que una pena privativa de libertad infringe la Octava Enmienda cuando la desproporción es grosera.

Sin embargo, no podemos coincidir con THOMAS en la valoración que este hace del voto concurrente del Chief-Justice ROBERTS. De acuerdo al voto disidente, el razonamiento de la concurrencia se funda en la consideración efectuada por la Corte en *Roper v. Simmons*, caso en el cual la Corte afirmó que “los menores no pueden ser clasificados con plena seguridad dentro de los peores delincuentes”, porque existe una culpabilidad disminuida. De acuerdo a THOMAS esa consideración solo se aplicaría dentro del contexto de los casos de aplicación de la pena de muerte a menores de dieciocho años, que fueron las particulares circunstancias de *Roper*.

Sin embargo, ese juicio de THOMAS no es correcto desde una perspectiva criminológica. Los menores, en general, son en principio menos reprochables al momento de evaluar su culpabilidad, sin perjuicio del análisis casuístico que demuestre lo contrario. De allí que ROBERTS usara correctamente este presupuesto.

En conclusión, pese a que existen aspectos sustantivos muy valiosos dentro del voto disidente, su rechazo absoluto del principio de proporcionalidad como elemento de análisis de la Octava Enmienda nos parece excesivo y no puede suscribirse.

8. CONCLUSIÓN

Si bien se reconoce como acertada la decisión de la Corte en cuanto a que la pena aplicada respecto del sujeto en cuestión y en el caso concreto era desproporcionada, no se comparte el mecanismo de análisis utilizado, el que genera un tipo de regla de alcance general eminentemente legislativo, siendo preferible, en atención a los argumentos expuestos, en especial aquel relativo al equilibrio de poderes estatales, el recurso al análisis circunstanciado del examen de proporcionalidad restringida.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AMAR, Akhil Reed (2005): *America's Constitution. A biography* (Random House Trade Paperbacks) 655 pp.
- BARNETT, Randy E. (2005): *Restoring the lost Constitution* (Princeton, Princeton University Press) 366 pp.
- BOBBITT, Philip (2005): “Constitutional interpretation”, en: HALL, Kermit L. (edit.), *The Oxford Companion to Supreme Court of the United States* (New York, Oxford University Press, 2ª edición) 1.239 pp.
- BORK, Robert H. (2008): *A time to speak. Selected writings and arguments* (Delaware, Wilmington) 738 pp.
- CORWIN, Edward S. ([1928] 2008): *The “higher law” background of American Constitutional Law* (Indianapolis, Liberty Fund) 92 pp.
- CURRIE, David P. (1985): *The Constitution in the Supreme Court* (Chicago, University of Chicago Press) 504 pp.
- CURY URZÚA, Enrique (2005): *Derecho penal, Parte General* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 7ª edición) 812 pp.
- GARVEY, John H. y ALEINIKOFF, Alexander (Editores)(1999): *Modern constitutional theory* (Saint Paul, West Group, 4ª edición) 810 pp.
- GIFIS, Steven H. (1996): *Law Dictionary* (Nueva York, Barron's) 561 pp.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John, y MADISON, James ([1788] 2001): *The Federalist* (Indianapolis, Liberty Fund) 565 pp.
- HOUSE OF REPRESENTATIVES (1789 [2000]): “Amendments to the Constitution, Annals 1:754”, en KURLAND, Philip B. y LERNER, Ralph (edit.), *The founders' Constitution* (Indianapolis, Liberty Fund, Vol. V) 503 pp.
- IREDELL, James ([1788] 2000): “Answers to Mr. Mason's objections to the new Constitution”, en KURLAND, Philip B. y LERNER, Ralph (edit.), *The founders' Constitution* (Indianapolis, Liberty Fund, Vol. V) 503 pp.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2008): *La expansión del Derecho penal* (Montevideo-Buenos Aires, B de f, reimpresión de la 2ª edición) 269 pp.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2010): *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2ª edición) 689 pp.
- WIECEK, William M. (2005): “New Deal”, en: HALL, Kermit L. (edit.), *The Oxford Companion to Supreme Court of the United States* (New York, Oxford University Press, 2ª edición) 1.239 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

CORTE SUPREMA FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA:

Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002)

Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977)

Edmund v. Florida, 458 U.S. 782 (1982)

Graham v. Florida, 560 U.S. (2010)

Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991)

Johnson v. Texas, 509 U.S. 350 (1993)

Kennedy v. Louisiana, 554 U.S. (2008)

McDonald v. Chicago, 561 U.S. (2010)

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)

Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920)

Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962)

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005)

Solem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983)

Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958)

Weems v. United States, 217 U.S. 349, 367 (1910)

Wilkerson v. Utah, 99 U.S. 130 (1879)

Tribunal Constitucional de Chile

Rol N° 541 (2006): Tribunal Constitucional, 26 de diciembre de 2006 (Recurso de Inaplicabilidad).

Rol N° 786 (2007): Tribunal Constitucional, 13 de junio de 2007 (Requerimiento de inconstitucionalidad).

NORMAS CITADAS

A) LEGISLACIÓN NORTEAMERICANA

Constitución Federal de los Estados Unidos de América

Comprehensive Crime Control Act. Public Law 98-473, 12 de octubre de 1984.

B) LEGISLACIÓN CHILENA

Constitución Política de la República de Chile

Decreto Ley N.° 321, Establece Libertad Condicional para los Penados. *Diario Oficial*, 12 de marzo de 1925.

Decreto Supremo N° 900 que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 164, Ley de Concesión de Obras Públicas. *Diario Oficial*, 18 de diciembre de 1996.

Ley N° 20.084, Establece un Sistema de Responsabilidad por los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. *Diario Oficial*, 7 de diciembre de 2005.

C) TRATADOS INTERNACIONALES

Convención sobre los Derechos del Niño, Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores. *Diario Oficial*, 27 de septiembre de 1990.

