



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO AL PRINCIPIO EDUCATIVO EN
EL MARCO DEL DERECHO PENAL JUVENIL**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

RODRIGO DÍAZ VEGA
PROFESOR GUÍA: FELIPE ABBOTT MATUS

Santiago, Chile
2018.

Para mi mamá, papá, hermana y Emilia.

Gracias por todo.

“Emilio — Claro, la trajo él.. ¿No oíste?”

Miguel — No es culpa mía, no me palabrée, compadre: yo cumplo órdenes. Pero no soy enemigo di’ustedes, si juera enemigo n’ estaría aquí conversando.

Emilio — ¿Conoce usted a alguien que sea enemigo de nosotros? Yo no. Todos los quieren cien o doscientas veces más que a su madre y a su agüelita juntas; tóos se han pasao la vida peliando por nosotros: escriben libros, hablan por la radio, por la tele; sacan leyes que los favorecen en ésto, en lo otro y en lo de más allá. Palabra, nunca he sabío de alguien que ocupe un cargo que no sea pa servirlos a nosotros las veinticuatro horas del día; pucha, si toos tan de acuerdo, si están en los mismo, ¿quién crestas es’ el enemigo? Diga po”.

(“Hechos consumados”, Juan Radrigán)

“¿Por qué los ladrones serán ladrones? Veo que siempre andan pobres, perseguidos, miserables: cuando no están presos andan huyendo: los tratan mal, les pegan, nadie puede estar cerca de ellos sin sentirse deshonrado. Cuando le roban a uno, le da rabia con ellos; cuando los ve sufrir, compasión. Lo mismo pasa con los policías: cuando lo amparan y lo defienden a uno, les tiene simpatía y cariño; cuando lo tratan injustamente y con violencia, odio”.

(“El delincuente”, Manuel Rojas)

INDICE

INTRODUCCIÓN	5
---------------------------	---

CAPÍTULO I

PRINCIPIO EDUCATIVO COMO EJE DEL DERECHO PENAL JUVENIL

1.- LA NIÑEZ-ADOLESCENCIA: DE OBJETOS A SUJETOS DE DERECHO.....	10
2.- LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL ESPECIAL.	17
2.1.- Principios que informan al derecho penal del niño-adolescente.	20
2.1.1.- El interés superior del niño.....	23
2.1.2 Especialidad o autonomía en el derecho penal adolescente: el principio de especialidad.	25
3.- EL PRINCIPIO EDUCATIVO.	28
3.1- Nociones generales del principio educativo: características y contenido.	28
3.2.- Instrumentos internacionales y la exigencia del principio educativo en la sanción adolescente.....	33
3.3.- Fines y funciones de la sanción penal juvenil.	38
3.4.- El principio educativo en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente N° 20.084.	46
3.4.1.- Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084.....	50

CAPÍTULO II

SUJETOS EN DESARROLLO Y EL POTENCIAL EDUCATIVO DE LA SANCIÓN

1.- MARCO CONCEPTUAL.	56
2.- ASPECTOS PSICOLÓGICOS Y PSIQUIÁTRICOS DE LA DELINCUENCIA JUVENIL.	58
2.1.- Psicopatología y delincuencia juvenil.	60
2.2.- Delincuencia juvenil desde la psicología del desarrollo.	66
2.2.1. Desarrollo cognitivo en la adolescencia.	68
2.2.2. Desarrollo moral en la adolescencia.	73
2.3. De la capacidad de culpabilidad disminuida a un sistema con sanciones educativas.	76

2.4.- El enfoque psicoeducativo en la intervención de adolescentes infractores de ley.	82
2.4.1. – Factores de riesgo y delincuencia juvenil.....	83
2.4.2.- La psicoeducación en la intervención de adolescentes.	87
2.5. Sanción, educación y aprendizaje.....	90
3.- DESDE UNA PERSPECTIVA SOCIAL DEL DESARROLLO.	96
3.1.- La condición social de la subjetividad: de valores universales a valores situados.	97

CAPÍTULO III

DE LA NECESIDAD DEL PRINCIPIO EDUCATIVO EN EL DERECHO PENAL JUVENIL A UNA CRÍTICA POLÍTICA DEL MISMO

1.- SOBRE EL CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL.	108
1.1.- Política criminal para adolescentes.	113
1.2.- Política criminal en la Ley N° 20.084.	119
2.- PRETENSIÓN EDUCATIVA Y FINES DE LA SANCIÓN.	123
2.1.- Epistemología de la sanción penal adolescente.....	124
2.2.- Prevención especial positiva y principio educativo: de una legitimación lógica a una ideológica.....	130
2.3- Educación como nueva justificación para la ideología de la defensa social.....	140
3.- HACIA UNA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA DE LA DELINCUENCIA JUVENIL.....	145
3.1.- La necesaria comprensión ideológica del principio educativo para la adopción de una política criminal alternativa.	150
3.2.- ¿Abandonar el principio educativo?: sanción fundamentada desde la autonomía adolescente.....	155
CONCLUSIONES	164
BIBLIOGRAFÍA	170

INTRODUCCIÓN

Previo a la Convención internacional de los Derechos del Niño y de la Niña, el marco en virtud del cual se trataba a la infancia y adolescencia ofrecía un panorama desolador. Niños, niñas y adolescentes carentes del reconocimiento de su autonomía y subjetividad, eran concebidos como seres inferiores, débiles, incluso peligrosos. Sin la medida de socialización necesaria para convivir al mismo grado que los adultos, su comportamiento se consideraba propio de seres irracionales, pertenecientes a una categoría inferior e incapaz de ponderar el alcance de sus actos. Cómo, entonces, vincularlos al mundo del derecho que exige agentes racionales que comprendan el contenido de la normas y adecuen conforme a ellas su comportamiento. Debido a insuficiencias materiales o morales se explicaban aquellos comportamientos desviados de las normas jurídicas que los convertían en “niños, abandonados y delincuentes”. La adolescencia constituía, así, una etapa marginada del derecho pero, paralelamente, sometida a todo tipo de intervenciones; pues, en tanto seres inferiores, requerían auxilio, ayuda que debía ser otorgada en aras de lograr un cambio que pusiera orden en estructuras físicas y mentales proclives a todo tipo de desidias. “Salvación” que era brindada sin medida en el marco de la ideología de la defensa social que le otorgaba legitimidad. En suma, la inimputabilidad que ostentaban les impedía asumir responsabilidad penal, lo que no los excluía de oprobiosas intervenciones.

Con el arribo de la Convención y otros tratados internacionales, la infancia y la adolescencia se convirtieron en etapas de especial protección. Adolescentes como sujetos de derecho, con capacidad de responsabilidad, es la consecuencia del reconocimiento que les permite gozar de todas las garantías propias del derecho penal general. Sin embargo, el momento de desarrollo en virtud de su edad, obliga a concebir la responsabilidad de manera diferenciada. Comprender a los adolescentes como sujetos en desarrollo, es la base que otorga coherencia a un sistema de responsabilidad especial diferenciado de los adultos. Así, el derecho penal dispuesto para adolescentes es uno que debe respetar las especiales características descritas por la psicología del desarrollo y reconocidas por los instrumentos internacionales en cada una de las intervenciones en su contra. Peculiaridades que se vislumbran en principios como el interés superior del niño y adolescente, la necesidad de un derecho penal diferenciado del de los adultos o principio de especialidad y, punto central de este trabajo, el principio educativo.

Por las especiales características de los sujetos normados, el derecho penal juvenil debe, necesariamente, contar con rasgos que lo diferencien del derecho penal de adultos. Precisamente, el principio educativo es uno de aquellos. En este sentido, obliga a conciliar dos conceptos absolutamente contradictorios: pena y educación. La pena, conceptualizada como sanción en materia de responsabilidad penal adolescente, debe configurarse con un contenido distinto al derecho penal general. Se trata, en consecuencia, de una sanción educativa que debe tener, antes que todo, un horizonte de reinserción. Tanto la Convención de los Derechos del niño y de la niña, como, en el caso chileno, la Ley N° 20.084 que norma la responsabilidad penal para adolescentes, señalan que la sanción penal debe orientarse a la plena integración social del adolescente con un claro fin resocializador. Su inclusión en los sistemas penales juveniles es reflejo de la especial naturaleza de la intervención ejercida sobre los adolescentes junto con el imperativo de modular la respuesta penal. Se trata, entonces, de un principio configurador del derecho penal juvenil, en tanto afecta todos los ámbitos de este sistema. La balanza exige un principio que, junto con reprochar un comportamiento, respete el interés superior del niño y adolescente en un sistema que afecta a jóvenes que se encuentran en una etapa de desarrollo. Si bien el principio cumple la tarea de diferenciar el derecho penal de adolescentes con respecto al derecho penal de adultos, existen serias dificultades para fijar su contenido y posición. En otros términos, si cuesta definir el contenido del principio, cómo definir y determinar una sanción que cumpla con el principio. A partir de este problema surgen serias suspicacias en torno a la inclusión del principio educativo y sus implicancias políticas: ¿a qué educación se refiere? ¿Cuál es el sentido de educar? La sanción, en tanto castigo, ¿tiene potencial educativo? ¿Cuál es el contenido de la educación que se desea impartir? ¿Una nueva forma de control social iniciada en la adolescencia? ¿Un nuevo reformatorio?

Intuitivamente, la sanción no educa. Sin embargo, desarticular la sanción en desmedro del cuestionable contenido educativo, no es la motivación central del presente trabajo. Varias críticas se han reseñado a la sanción educativa en virtud de su cuestionable fin resocializador; también, en Chile, diversas autoras y autores, perspicazmente, han puesto en duda el real carácter garantista de la Ley N° 20.084, aun más la han vinculado con el derecho penal del enemigo o, tajantemente, señalan que no existe una real adecuación con la normativa internacional. Aquí, si bien tomaremos la posta iniciada por otros inteligentes trabajos investigativos, la idea no es persistir en aquel camino. Pretender una crítica política del derecho penal adolescente y, particularmente, del principio en

comento como una manifestación de la incompreensión de la complejidad de la realidad social que atañe a la delincuencia juvenil, es el fin último de la presente investigación. En esa dirección, el principio educativo es identificado como el eslabón que nos permite encontrar una razón que antecede a la asociación con el derecho penal del enemigo o a los cuestionamientos que esbozan la falsa superación del modelo tutelar. Se trata de la manifestación de una forma de comprender no sólo a la adolescencia sino que a todas las capas marginales, en el marco de un sistema que reproduce, concientemente, las desigualdades y fomenta la mercantilización y cosificación de cada componente de la sociedad. Una idea alojada profundamente en la conciencia de cada actor relacionada con la adolescencia que, a su vez, es solventada por una razón técnica y dominante. Adolescentes que deben ser re-insertados en la sociedad, “socializados” y “educados” permiten cuestionar la afirmación de su reconocimiento como sujetos de derecho o, al menos, la calidad del mentado reconocimiento; dudas que también alcanzan a la fatigosa superación del modelo tutelar y a la consecuente des-cosificación. En el fondo, el panorama que describía a los adolescentes como “niños, abandonados y delincuentes” que, supuestamente, fue superado, factiblemente puede ser reconfigurado como “niños, mal educados y delincuentes” en virtud del contexto que guía su tratamiento en la actualidad. Por tanto, la pregunta central dice relación con ¿cuáles son los reales objetivos que revela este principio en el derecho penal adolescente?

De acuerdo con esto, la hipótesis de la presente investigación es la siguiente: independiente del reconocimiento pregonado en diversos instrumentos internacionales, consideramos que éste no se condice con uno que parta desde la perspectiva adolescente. Con esto queremos señalar que el reconocimiento consiste en uno diseñado en virtud de una razón técnica, que pretende homogeneizar a partir de la consideración de valores universales que deben ser suministrados a adolescentes que, aparentemente, no cumplen con algún tipo de parámetro requerido de socialización para el óptimo desempeño en sociedad. La idea que gobierna a la adolescencia sigue siendo una ajustada con los intereses dominantes que desconocen la existencia de otros tipos de socialización, culturas y subculturas. El principio educativo es una manifestación de la persistencia en el deficiente reconocimiento o, en otros términos, del reconocimiento a la medida de la cultura dominante. Esto se evidencia en la ausencia de contenido en la descripción educativa de la sanción. No basta con esbozar una orientación educativa destinada a la plena integración social sin explicar en qué consiste esta educación; pues, de lo contrario,

en qué se diferencian las intervenciones destinadas a la modificación de comportamiento que no respetaban la autonomía adolescente, propias del modelo tutelar, de una que dice respetarla pero que, igualmente, señala la necesidad de “educar” sin expresar, en el fondo, cómo evitar la intromisión en su autonomía y subjetividad. Se replicará que otorgando las garantías del derecho penal, se evitan los excesos. Ciertamente, pero ello no explica la necesidad de educar en concomitancia con la punición. Por otro lado, la prevención especial positiva es la teoría empleada para fundamentar la sanción educativa. Si las variadas críticas a esta teoría se relacionan con una despersonalización, cosificación y, en fin, el empleo de una lógica instrumental, por qué, entonces, se fundamenta la sanción en materia adolescente con ella si, precisamente, se procura superar un modelo que va en esa línea. Se discute, por consiguiente, la suficiencia de los fundamentos que legitiman reprochar penalmente a los adolescentes en virtud de una pretensión educativa. En este sentido, la concepción en virtud de la cual se teoriza sobre la adolescencia en la actualidad no se desligó completamente de la ideología de la defensa social, lo que permite cuestionar la efectiva superación del modelo tutelar.

La exposición será dividida en tres capítulos, cada uno de los cuales tiene objetivos definidos que permitan conferir solidez a las diversas consideraciones críticas realizadas contra la permanencia del principio educativo que, a su vez, allanarán el camino de las propuestas alternativas presentadas en los párrafos finales de este trabajo. El primer capítulo tiene por objeto la presentación del principio educativo y la exposición de su importancia como fuente constitutiva del derecho penal juvenil. Veremos, sus características, la necesaria conciliación que debe realizar el legislador entre las pretensiones preventivas y la perspectiva educativa, las exigencias que, de acuerdo a diversos tratados internacionales, deben cumplir los sistemas penales juveniles, los fines y funciones de la sanción penal adolescente y, finalmente, la presencia y materialidad del principio en la legislación nacional, particularmente, en la Ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente.

El segundo capítulo tiene dos objetivos. Primero, exponer latamente los conocimientos aportados por la psicología del desarrollo respecto a la adolescencia. La razón estriba en que el horizonte educativo es una manifestación de la especialidad que el derecho penal de adolescentes debe tener respecto del derecho penal general. Luego, la especialidad parte de la premisa del diferente estadio de desarrollo en que se ubican

adolescentes y adultos en cuanto a su personalidad. Si bien en múltiples ocasiones se hace alusión a la psicología del desarrollo, su exposición, generalmente, es vaga e imprecisa; por ello, una presentación de sus postulados desde la óptica jurídica es indispensable. Precisamente, es ella la que confiere legitimidad científica al vínculo entre castigo y educación. El segundo objetivo, es cuestionar la relación lógica que vincula el desarrollo cognitivo y moral producido en la adolescencia, con las mejores expectativas de un cambio conductual temprano, desde una doble vertiente. En la psicología del desarrollo es inexistente una definición clara del inicio y término de la adolescencia, tampoco es dable señalar una madurez cognitiva y volitiva producida en igual calidad para todos los casos, lo que hace cuestionar la pretendida expectativa modificatoria del comportamiento en términos universales. Por otra parte, se realizará una crítica a la razón técnica que pretende legitimar intervenciones en adolescentes desconociendo sus particularidades sociales y contextuales contradiciendo los objetivos de la sanción penal adolescente. Los valores, como tema controversial, regirán la parte final de este capítulo.

Con la exposición de los dos anteriores capítulos, el tercero tiene por finalidad abordar la necesidad de su inclusión y un cuestionamiento político del mismo. Expondremos aspectos de política criminal para adolescentes ligados con su especial consideración como sujetos de derechos. En un análisis meta jurídico, las ciencias sociales nos auxiliarán en la búsqueda de razones que permitan dilucidar el porqué en la persistencia de una lógica correctiva respecto a la adolescencia. La ideología de intervalos etarios propuesta por Doris Cooper, será de gran utilidad. Puestos en duda los fundamentos basales de la sanción educativa, igualmente lo será el vínculo de la adolescencia con el derecho penal. Apuntaladas las críticas, será el turno de ofrecer un cambio de paradigma. La criminología crítica nos proporcionará las bases para una propuesta de reconocimiento pleno de la adolescencia, expresado en una política criminal alternativa.

En cuanto a la metodología empleada, la problemática se afrontará desde una perspectiva teórica, mediante la revisión y análisis de literatura especializada en justicia juvenil. También se revisará literatura relativa a las ciencias sociales que permitan exponer con claridad la complejidad del fenómeno adolescente. Los métodos analítico y deductivo guiarán la investigación en búsqueda de argumentos que confirmen la hipótesis reseñada.

CAPÍTULO I

PRINCIPIO EDUCATIVO COMO EJE DEL DERECHO PENAL JUVENIL

Previo a esbozar una crítica al modo de abordar la delincuencia juvenil en general por parte de los agentes involucrados en la generación de políticas, estudios, leyes, etc. y del principio educativo en particular, resulta imperativo exponer el fenómeno en base al cual se diagnostica y, posteriormente, se legisla. La exposición del argumento requiere, *ex ante*, dos pasos fundamentales para su comprensión. Primero, analizar cómo la niñez-adolescencia se configura como una categoría similar a un objeto-cosa. Segundo, cómo el derecho penal reacciona ante hechos constitutivos de delitos en donde los involucrados en su comisión son considerados, en un primer momento, objeto de derechos y, posteriormente, sujetos de derecho; según veremos, en un estadio político inferior al resto de las personas que pueden infringir las normas y ser, por tanto, merecedores del castigo previsto por éstas.

¿Qué es la niñez? ¿Qué representa, para el derecho, un niño, una niña o un adolescente? Estas preguntas guiarán el desarrollo del presente trabajo; pues, su pertinencia radica en las suspicacias que surgen al indagar respecto a las razones del legislador para incluir una finalidad educativa en la ley. Por qué educar, cómo educar, qué se educa y con qué se educa, ciertamente no hay que ser excesivamente perspicaz para comprender que la finalidad educativa aquí descrita no guarda relación con los objetivos del derecho a la educación como derecho social; no se trata de cuestionar el fenómeno educativo *per se*. Al contrario, establecer las principales consideraciones relativas a la niñez para luego llegar a las razones que, a nuestro juicio, existen para la vinculación del castigo con la educación, es el objetivo.

1.- La Niñez-adolescencia: de objetos a sujetos de derecho.

Históricamente, la niñez, se configura como una categoría de sujetos inferiores, de sujetos débiles, cuya minusvalía los hace merecedores de protección que, por un lado, los resguarde de la incapacidad para ponderar el alcance de sus actos y, por el otro, la constitución de una respuesta que comunique a la sociedad la adecuada reacción frente a actos constitutivos de delito. Hasta mediados del siglo XX, la adultez era requisito

necesario e indispensable para ser continente de derechos subjetivos -previo a ella no se era acreedor de la calidad de sujeto de derechos-, por el contrario, sin alcanzar la edad necesaria para ser considerado alguien capaz de responder por sus actos, sólo son objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico. Como señala al respecto Juan Bustos, “el niño fue considerado como un ser irresponsable e incapaz, por consiguiente, no podía ser sujeto de derechos, sino que, por el contrario, debía estar bajo la tutela de otro, esto es, de entes responsables y capaces, y en ese sentido en primer lugar del Estado, luego objeto de derechos por parte de otros”¹.

La discriminación no se agota en la edad; pues, dentro de la infancia la distinción abarca a niños y menores. Incluidos los primeros en las políticas sociales, los segundos constituyen una enorme gama de excluidos que fueron catalogados como “menores”. No se trataba tan sólo de entes irresponsables e incapaces; dentro de aquel universo existe otro, el de los que no alcanzaban a ser humanos, el de los “menos que”. Instaurada la categoría de objetos inferiores, su irresponsabilidad e incapacidad los torna seres incomprendidos y, en consecuencia, irracionales en la medida de la razón imperante. Su naturaleza inferior e irracional, deviene en peligrosidad para las personas y para ellos mismos. La búsqueda de compatibilizar control y comprensión del estatus especial de la niñez llevó a amalgamar una respuesta compuesta por protección para la sociedad y salvación para la inferioridad: “pero, al mismo tiempo, al reconocerse esta calidad de seres inferiores, surgió también la concepción que se trataba de seres peligrosos, esto es, que por su naturaleza podían poner en peligro a las personas. De modo entonces que salvación o protección fueron conceptos paralelos y contiguos al de peligrosidad, en definitiva, se trataba de seres peligrosos y que, por ello mismo, requerían de salvación y de protección (de la sociedad conforme a la teoría positivista naturalista de la defensa social)”². La existencia de seres inferiores, cuasi humanos, incapaces de aprehender las normas que rigen el orden social y, por tanto, de responder debidamente por sus actos derivó en que la necesidad de defensa concomitantemente, haga surgir la obligación de protección.

El derecho penal instauró en los códigos la inimputabilidad de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA). De manera que, eran incapaces de asumir responsabilidad

¹ BUSTOS, Juan. El Derecho penal del Niño-Adolescente. Estudio de la ley de responsabilidad penal adolescente. Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago, 2007. Pág. 7.

² *Ibidem*. Pág. 8.

y, por consiguiente, quedaban excluidos del ámbito penal³. Consecuencialmente, quedaban vedados de todas las garantías de la justicia penal. La niñez y adolescencia componía el terreno de los marginados del derecho. No obstante, ante la urgencia de su salvación y la necesidad de protección se dictaron diversas leyes que pretendían adoptar medidas con el objetivo de pacificar, domesticar y, definitivamente, lograr que salgan de su condición infrahumana. La inexistencia de claridad en la distinción de medidas cuyo objetivo fuese la protección o la defensa produjo nefastos oprobios; tanto unas como las otras podían consistir en privación o restricción de libertad por un período de tiempo indeterminado con la excusa de protegerlos y, por su parte, no había un procedimiento que permitiera el ejercicio de derechos, pues carecían de ellos.

A comienzos del siglo XX el advenimiento del positivismo “científico” criminológico encontró un campo fértil para desarrollar sus estudios. El conocimiento científico comenzó a consolidarse como un saber irrefutable, universal e incuestionable, todo tipo de fenómenos era objeto de estudio que, posteriormente, era reproducido aprobado y difundido como saber universal. En el próximo capítulo nos ocuparemos del tema, pero valga hacer un adelanto para aproximar la crítica posterior: la solidez de los estudios se cuestiona en base al yerro epistémico de obviar las consideraciones políticas y sociales que rodean la fenomenología de determinados aspectos que son objeto de estudio. El saber dominante se confabula con los intereses dominantes y el saber científico comulga con los objetivos de excluir ciertas variables a su antojo, determinando resultados en base a experimentos empíricos cuestionables. En este sentido, “el positivismo ‘científico’ criminológico en su versión antropológica más ortodoxa, aunque como podrá apreciarse, bajo un manto psicologista, encontró en el “problema de menores” un campo ideal para extender y consolidar su poder frente a los representantes del dogmatismo jurídico”⁴. La “ciencia” disipaba las dudas, el “problema” de los menores encontró solución en la intervención sin límite; había que corregirlos en términos tales que se justificaba la eliminación de las formalidades jurídicas como garantía eficaz de las tareas de “protección-represión”⁵. Ausencia de procedimiento, sentencias injustificadas e indeterminadas, destrucción de principios básicos dentro del catálogo disponible -limitante del *ius puniendi* estatal, como el principio de legalidad- configuraban la respuesta idónea para proteger,

³ *Ibidem*. Pág. 9.

⁴ GARCÍA MENDEZ, Emilio. *Infancia: de los derechos y de la justicia*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004. Pág. 35.

⁵ *Ibidem*. Pág. 37.

salvar y educar a NNA amparada por los, supuestamente, irrefutables descubrimientos criminológicos logrados a la fecha. En este sentido, “la obsesión por clasificar, ordenar y estudiar el desarrollo de los menores ‘delincuentes-abandonados’ permitiría suponer que estas investigaciones ofrecen un cuadro cuantitativo bastante aproximado del panorama general de esta categoría de sujetos débiles. Nada más lejos de la verdad. La descomunal vaguedad e imprecisión de las definiciones normativas y ‘científicas’ determinan que los únicos datos disponibles se refieran al estrecho mundo de la ‘anormalidad segregada’. Las características del niño ‘delincuente-abandonado’ resultan de los rasgos de aquéllos capturados en alguna de las múltiples instituciones totales de la ‘protección – represión’”⁶.

La negación de los conflictos estructurales y la legitimación “científica” no se reduce exclusivamente al ámbito de la justicia juvenil; por el contrario, desde finales del siglo XIX que la “gestión científica” comienza a abarcar la mayoría de los asuntos: economía, educación, salud, etc. El testimonio fue recibido del movimiento progresivo de los Estados Unidos que con la crítica a la corrupción y aceptación del capitalismo emplearon el científicismo para la generación de una “nueva economía política”. En este contexto, como señala Platt, surge el movimiento “los salvadores del niño” que, obviando las contradicciones y los conflictos estructurales, y ensalzando los logros recientes de la “gestión científica”, se proponen la creación de nuevas formas de control social, “el movimiento pro salvación del niño no era una empresa humanitaria en ayuda de la clase obrera y frente al orden establecido. Al contrario, su impulso procedía primordialmente de la clase media y la superior, que contribuyeron a la invención de nuevas formas de control social para proteger su poderío y sus privilegios”⁷. Palmaria similitud con la respuesta latinoamericana, pues la velada propuesta humanitaria del movimiento “los salvadores del niño” se adoptó para brindar “protección” a aquellos que siendo abandonados por sus progenitores se hallaban desamparados y, paralelamente, ofrecía férrea respuesta en contra de un menor autor de un crimen o simple delito mediante nuevas formas de control social.

La pauta dictada por el positivismo criminológico, bajo un manto psicologista, junto a la forzada propuesta salvadora para los niños, conllevaron al auge del surgimiento de leyes de menores (la chilena rigió hasta el año 2006) y a la creación de tribunales de

⁶ *Ibidem*. Pág. 38.

⁷ PLATT M, Anthony. Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia. Siglo XXI editores, México, 1997. Pág. 21.

menores (Argentina en 1921, Brasil en 1923, México en 1927 y Chile en 1928, entre otros⁸), institucionalizando la situación irregular del niño. La ausencia de una diferenciación clara entre medidas “protectoras” de menores abandonados y las “defensivas” en contra de menores sindicados como participantes en hechos constitutivos de delito, produjo la imposibilidad de distinguir, previamente, a un niño abandonado de uno delincuente; en tanto, ambos eran merecedores, *ex ante*, de la misma medida⁹. En similares términos, Bustos señala, “De ahí que surgieran las ‘leyes de menores’, las cuales tenía su fundamento en la defensa y la protección del menor, provocándose una integración total de ambos conceptos. De esta manera, entonces, no había una diferenciación respecto de un menor en desamparo, que había sido abandonado por sus progenitores y una medida que tenía por finalidad la ‘defensa’ respecto de un menor que había cometido un hecho grave contra la vida o la salud, sea de otro menor o de una persona”¹⁰. Las leyes de menores persistían en el paradigma etiológico, propio del positivismo naturalista, contribuyendo a perpetuar el imaginario del control enfocado en eliminar las causas de la delincuencia de raíz ubicadas en la situación irregular del niño-adolescente. La inexistencia de una separación clara entre infancia abandonada material o moralmente y menores autores o víctimas de un delito no constituye una coincidencia; evidencia una cultura político-social que concibe la protección como una forma de control represivo. De manera que, la intervención sobre el menor sin establecer límites queda plenamente justificada: “El empeño por borrar todo tipo de distinción entre menores delincuentes y abandonados, se convierte en profecía que se autorrealiza. De Arenaza lo expresa con estas palabras: ‘Se da el caso de ser necesario en determinados casos, simular o acusar al niño de una contravención para que la acción protectora del Estado pueda realizarse en su beneficio’. La cuestión de los menores ‘abandonados-delincuentes’ es puesta en sus orígenes en términos tales, que sólo la eliminación de todo tipo de formalidades jurídicas constituye la única garantía eficaz de las tareas de ‘protección-represión’”¹¹.

La infancia se concebía como una categoría con aptitud suficiente para ser reformada, moldeada, protegida y relegada, pero carente de la aptitud pertinente para otorgar subjetividad. En este sentido y volviendo a la pregunta inicial, ¿qué es la niñez?, el tratamiento otorgado por la legislación de la época –que incorpora la criminología

⁸ GARCÍA MENDEZ, Emilio. Ob. Cit. Pág. 35.

⁹ *Ibidem*. Pág. 25.

¹⁰ BUSTOS, Juan. Ob. Cit. Pág. 9.

¹¹ GARCÍA MENDEZ, Emilio. Ob. Cit. Pág. 37.

positivista-, conduce a la determinación de la niñez como objeto de derechos. Aquello revela que NNA devienen en objetos de protección, es decir no se reconoce el niño en tanto persona humana; pues, el reconocimiento de la infancia se reduce a objetos capaces de realizar actos potencialmente peligrosos para el resto de los integrantes de la sociedad, pero, a su vez, su inmadura percepción de la realidad los hace inferiores en cuanto a la ponderación del alcance de sus actos y, por tanto, obviando su subjetividad, merecedores de protección.

Las consecuencias de la dualidad peligrosos-protegidos –castigo y amparo sin distinción- no dista en demasía de la disposición relativa a una propiedad; el reconocimiento de una persona importa subjetividad y derechos, por el contrario, la infancia consistía en un continente cuyo contenido consiste en objetos moldeables, incapaces de responder en sincronía con la razón dominante y, en consecuencia, en cosas de las que se puede disponer. De ahí la acertada afirmación de Bustos en cuanto a que la designación de “menores” importa reducirlos a infrahumanos a una especie subvalorada. Como expresan Horkheimer y Adorno “Toda reificación es un olvido”¹², precisamente, la cosificación supone ausencia de reconocimiento y, en tanto tal, inexistencia. La cosificación de la niñez conlleva a negarles el cariz de persona, no reconocerlos en tanto sujetos implica aislarlos de la sociedad por la vía de la negación y, para efectos de incorporarlos, requieren reformación. La razón legislativa es heredera de la totalidad en la que está inserta; las relaciones de producción y contradicciones estructurales no le son ajenas y ahí donde parece haber niños, para el derecho, en realidad, hay mercancías. Excede las pretensiones de este trabajo dilucidar las particularidades epistemológicas del concepto de cosificación acuñado por Lukács, a grandes rasgos consiste en que una relación entre personas toma el carácter de cosa, ocultando, por su sistema de leyes propio, que se trata de una relación entre seres humanos¹³. Sin embargo, la pertinencia de su alusión se relaciona con dos aspectos. Primero, la falta de precisión en las medidas a adoptar en niños abandonados y en aquellos infractores de la ley penal, junto con la ausencia de formalidades en el procedimiento y, por consiguiente, de garantías para los infractores, se relaciona, directamente, con el fenómeno cosificador de la niñez; de la propiedad se puede usar y abusar, se le puede proteger, transformar y destruir. En esos

¹² HORKHEIMER, Max y ADORNO, Theodor. Dialéctica de la ilustración. Editorial Trotta. Valladolid, 1998. Pág. 14.

¹³ LUKÁCS, Georg. Historia y conciencia de clase. Editorial de ciencias sociales. La Habana, 1970. Pág. 110.

términos, la falta de reconocimiento a la subjetividad de la niñez desvela, *a contrario sensu*, la relación objeto-niño que el derecho tenía para con NNA. Segundo, Platt señala: “Los salvadores del niño habían aprendido de los industriales que la benevolencia persuasiva respaldada por la fuerza era un procedimiento más efectivo de control social que los despliegues arbitrarios de terrorismo. Como una generación anterior de reformadores penales en Francia e Italia, los salvadores del niño subrayaban la eficacia de formas nuevas e indirectas de control social a manera de ‘medida práctica de defensa contra la revolución social, así como contra los actos individuales’. No es sorprendente entonces que se hiciera hincapié en la educación como forma principal de adiestramiento industrial y moral en los reformatorios”¹⁴. Que la educación fuera impartida dentro de los reformatorios reflejaba la instrucción de futura fuerza de trabajo coordinada con el sistema valorativo de los intereses dominantes. La niñez que hoy molesta, puede ser adultez que brinde réditos. No es baladí lo expresado, pues, la cosificación como proceso de objetivación proviene de las relaciones de las personas entre sí y de éstas con el tráfico mercantil; la forma mercantil ejerce una influencia decisiva en todas las manifestaciones de la vida. Asimismo, el conjunto de los fenómenos objetivos y subjetivos se ven permeados por este proceso siendo, por tanto, más que sólo un proceso de transacción. En este sentido, assimilar a un niño con una cosa, se liga con el futuro uso que el niño puede ofrecer, de ahí el carácter reformatorio cobra relevancia para instruirlo en los objetivos e intereses que le serán requeridos.

En suma, NNA fueron pensados más como objetos que como sujetos de derechos. En su evolución de objeto a sujetos de derechos pueden distinguirse cuatro modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil: el del discernimiento o de la inimputabilidad, que sitúa la responsabilidad del menor en su capacidad de autodeterminación debiendo probarse en un examen de discernimiento -cuestión que empíricamente carece de sustento¹⁵; el tutelar o de la situación irregular, caracterizado por la incapacidad del menor y por las medidas de seguridad empleadas en su beneficio para rescatar a un carenciado, necesitado de protección; el educativo, propio del Estado de Bienestar, se concreta en la aplicación de soluciones extrajudiciales; y el modelo de responsabilidad o de reconocimiento de los derechos del niño. Este último importa el reconocimiento subjetivo

¹⁴ PLATT M, Anthony. Ob. Cit. Pág. 29.

¹⁵ VILLEGAS, Myrna. Juventud pobreza y marginalidad. La Ley de responsabilidad juvenil y su “inadecuación” a los tratados internacionales. [www.cienciaspenales.net]. Pág. 2.

de los menores, supone, por tanto, que son sujetos de derecho y responsables, en la medida que son capaces de autodeterminarse.¹⁶

El modelo de responsabilidad cristaliza el reconocimiento de los derechos del niño. Abandonada la objetivación de la infancia, diversos tratados de carácter internacional señalan la obligación de observar a NNA como sujetos de derechos. No siendo la pretensión del presente trabajo ahondar en los pormenores de los diversos modelos, el de responsabilidad resalta por sobre los demás, no sólo por ser el que mantiene mayores adeptos, sino que por tener como base el reconocimiento de la capacidad del adolescente para autodeterminarse. Veremos que esta autodeterminación lejos de ser absoluta relativiza el real reconocimiento del legislador para con los adolescentes como sujetos de derechos, permitiendo bregar por un camino argumentativo en línea con quienes afirman que el modelo de responsabilidad es un mero disfraz epistemológico, constatado en la inclusión del principio educativo.

2.- La doctrina de la protección integral de los derechos del niño: modelo de responsabilidad penal especial.

La referencia al modelo de responsabilidad obedece a la necesidad de contextualizar el principio educativo. Como veremos, el sistema de responsabilidad atribuye al niño la capacidad de responder por los actos que contravengan a la ley penal; en ese sentido, la sanción se erige como bastión del sistema y la autodeterminación como su fundamento base; los infractores, acreditada su participación, son merecedores de sanción penal. Luego, la sanción, en virtud del principio en comento, ostenta pretensiones educativas que devienen en una similitud -de fondo-con modelos que fueron cuestionados y que dieron origen a éste. De ahí que para referirnos el principio propiamente tal y preparar el terreno que solvente su crítica y, por el contrario, ésta no devenga en estéril, se expondrán los principales conceptos que sustentan el modelo de responsabilidad, la especialidad como principio diferenciador respecto al sistema de adultos y los fines de la sanción penal

¹⁶ *Ibidem*. Pág. 4.

Las acertadas impugnaciones a los modelos que le antecedieron llevaron al arribo del modelo de justicia o responsabilidad especial, respaldado por un amplio consenso sobre cómo debe ser configurado el sistema de justicia juvenil. Su punto de partida es la denominada doctrina de la protección integral de los derechos del niño, constituida por diversos instrumentos internacionales destacando la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989). En un próximo apartado será el turno de la exclusividad expositiva que merecen estos instrumentos para una adecuada comprensión del sistema. Valga como adelanto señalar que, particularmente, la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) excede la responsabilidad penal de adolescentes; establece un contenido mínimo en el tratamiento de la infancia para los estados partes que incide en todas las relaciones interpersonales que involucren a NNA, sea con sus pares, con los adultos y, por supuesto, con los órganos del Estado señalando límites y objetivos irrenunciables de su actividad para con ellos¹⁷.

La distancia con los otros modelos radica en poner fin a exámenes de discernimiento y abandonar la presunción de inimputabilidad penal de los adolescentes. La lógica tras el examen de discernimiento y la inimputabilidad adolescente supone considerarlos incapaces de responder por sus actos; carentes del desarrollo que otorga la capacidad para asumir obligaciones ciudadanas y, también, en tanto subdesarrollados, con un poder deliberativo limitado e inmaduro. Las infracciones normativas son decisiones de agentes que no comprenden la complejidad de las normas en juego y, por tanto, deben ser excluidos del entramado jurídico que implica una infracción, incluidas sus garantías. La CDN establece garantías mínimas infranqueables, entre ellas el reconocimiento de niños y niñas como sujetos de derechos: “el discernimiento y la idea de inimputabilidad de los menores de edad no es coherente con una nueva concepción de los niños como sujetos de derecho con capacidad para responder por sus propios actos, aunque ello sea o deba ser en un nivel adecuado al grado de desarrollo de su personalidad, y que, por tanto, es una responsabilidad distinta a la exigible a un adulto”¹⁸. En cuanto al descarte del modelo tutelar, se exige claridad en el tratamiento jurídico a la situación de los niños vulnerados en sus derechos y aquellos infractores de la ley penal. La Convención, exige que la intervención del Estado para con los individuos “se defina como una relación de derecho,

¹⁷ MALDONADO, Francisco. Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales adolescentes. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N°5, 2014. Pág. 42.

¹⁸ BERRIOS, Gonzalo. El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes. Revista de Estudios Jurídicos, N°6, 2005. Pág. 162.

caracterizando los problemas frente a los cuales éste reacciona como conflictos de derecho, reservando para un lugar auxiliar (previo y no menos importante) el tratamiento social o asistencial comprometido”¹⁹.

Incluir a nuevos agentes en el sistema de responsabilidad penal, que antes se encontraban excluidos, supone hacerlos acreedores de la carga que funda las atribuciones de la actuación del Estado para con ellos: la capacidad de autodeterminación. Efectuada la distinción de la intervención social de la penal, excluido el discernimiento y cumpliendo el requisito de estar dentro de la esfera etaria para ser considerados responsables, el legislador pasa de considerar incapaz a los adolescentes a comprenderlos como sujetos de derechos capaces y responsables de sus actos. Reconocida esta capacidad, se legitima la aplicación de consecuencias sancionatorias de carácter restrictivo de derechos fundadas, precisamente, en la titularidad de derechos subjetivos y la capacidad de ejercicio autónomo de los mismos. Asimismo, las necesidades preventivas justificadoras de la pena se extrapolan a los adolescentes infractores. La legitimación de actuación penal corre en paralelo al reconocimiento de todas las garantías procesales y penales procedentes de un conflicto de carácter penal. Con ello, “se proscriben las resoluciones y medidas indeterminadas, que no guarden la debida proporcionalidad con el hecho imputado, el cual debe ser acreditado judicialmente en un proceso que goce de las garantías esenciales reconocidas a todos los individuos bajo el paradigma del debido proceso”²⁰. Se proscriben, equivalentemente, todas las intervenciones que desconozcan los límites de la responsabilidad individual y que pretendan, a su vez, influir en las particularidades de la personalidad del individuo.

NNA pasan a ser responsables por sus actos y a ostentar todas las garantías de un sujeto en el mundo del derecho. Que el estado pueda exigir una determinada conducta a los adolescentes en virtud de la cual éstos se responsabilizan, implica que reconoce un espacio donde pueden ejercer autónomamente sus derechos permitiendo hacer efectiva su responsabilidad. Pero el grado de exigencia para con un adulto no es homologable al de un adolescente; pues, por un lado, los adultos, gozan de autonomía plena para el desarrollo de sus aptitudes individuales y, por el otro, en virtud de la etapa de desarrollo en que se encuentran los adolescentes. Se trata de una diferenciación objetiva, amparada en la

¹⁹ MALDONADO, Francisco. Ob. Cit. Pág. 42.

²⁰ *Ibidem*. Pág. 44.

particular etapa de desarrollo en que se encuentran los adolescentes; de esta forma “el menor de edad no es considerado como una persona incompleta o anormal, sino como un sujeto pleno, titular de derechos, pero diferente que da forma a una categoría diversa de individuos que amerita, por lo mismo, un tratamiento diferenciado”²¹.

El adolescente es un sujeto pleno, titular de derechos y con capacidad de responsabilidad; sin embargo, el momento de desarrollo en virtud de su edad, obliga a concebir la responsabilidad de manera diferenciada. Comprender a los adolescentes como sujetos en desarrollo, es la base epistemológica que otorga coherencia a un sistema de responsabilidad especial diferenciado de los adultos. Esta comprensión es la razón de críticas por parte de algunos autores: cómo concebir la adolescencia como una etapa transitiva, de sujetos en desarrollo y, paralelamente, señalar que cuentan con plena titularidad de derechos y, por tanto, son capaces de responsabilidad; cómo coexisten ambas concepciones, ¿se trata de sujetos plenos o de sujetos en desarrollo?, luego y, según lo señalado ¿podemos afirmar que son personas completas? En estos términos, Myrna Villegas establece que “incurren en una falacia argumentativa ya que no se entiende en qué medida el menor de edad puede ser considerado sujeto titular de derechos dado que no es una persona incompleta, y a la vez, ostentar una responsabilidad distinta a la del adulto por ser un ‘sujeto en desarrollo’. Nadie puede ser sujeto de derecho si no es sujeto de responsabilidades. No se puede ser ‘más o menos infractor’”²². Según veremos, insoslayablemente, la crítica sostenida al modelo de responsabilidad en su fase argumentativa se relaciona con la interacción a que da lugar el principio educativo en el modelo.

2.1.- Principios que informan al derecho penal del niño-adolescente.

Los principios jurídicos constituyen formulas de equidad que auxilian las respuestas insatisfactorias del derecho escrito. Del latín *principium*, los principios aluden a aquello que está primero, al origen causa o razón de lo que sigue, de aquellas cosas que se desenvuelven a partir de lo que está “al principio”. Se trata de las bases que confieren fundamento teórico al derecho. Según Dworkin los principios son “estándares que han de

²¹ *Ibidem*. Pág. 45.

²² VILLEGAS, Myrna. Ob. Cit. Pág. 5.

ser observados, no porque favorezcan ventajas económicas, políticas o sociales, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”²³. En cuanto a sus funciones, los principios, cumplen una labor interpretativa, en tanto directrices u objetivos perseguidos por el legislador, orientan la interpretación de la ley en virtud de sus fines al momento de determinar la norma aplicable. También tienen una función normativa o integradora, pues, en los casos de obscuridad insalvable, éstos actúan como fuente supletoria de la ley. A su vez, informan al ordenamiento jurídico positivo al manifestar la dimensión *axiológica* que le sirve de inspiración.

Continuando con la lógica argumental, aquí sólo nos restringiremos a presentar principios que integran el sistema de responsabilidad penal adolescente; el capítulo III tiene el objeto de exponer diversas consideraciones de la inclusión de los principios en general y del educativo en particular, resaltando sus implicancias jurídicas, epistemológicas y políticas.

En todo sistema democrático la responsabilidad es sinónimo del reconocimiento de un sujeto en tanto persona, pues gozan de autonomía ética frente al Estado, es decir no están bajo su tutela ni a su servicio²⁴. Que sus actos sean una consecuencia de su poder deliberativo, supone, primero, reconocer la capacidad de deliberar lo que implica asumir una entidad con un raigambre cultural, valórico y personal determinado. Es decir, otorgar responsabilidad a un sujeto es reconocer su autonomía, dignidad y, definitivamente, su carácter de persona. La responsabilidad es inherente a la persona y reconocida la primera se asume la segunda. En suma, que tales o cuales hechos sean merecedores de castigo importa que, necesariamente, deban ser imputables a una persona. En ese sentido, al reconocer responsabilidad en los adolescentes se les integra -en tanto personas- al derecho penal y con ello se aplican todos los principios garantistas, tanto materiales como formales, que se han desarrollado. Junto con los principios propios del derecho penal, en el caso de los adolescentes, se añaden aquellos que forman parte de los derechos del niño. En otras palabras, el derecho penal de adolescentes tiene sus propias características, lo que en

²³ DWORKIN, Ronald. La filosofía del derecho. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 2014. Pág. 86.

²⁴ BUSTOS, Juan. Ob. Cit. Pág. 35.

palabras de Bustos “conforma un subsistema diferente al subsistema del derecho penal de adultos”²⁵.

Siguiendo a Bustos, esta autonomía tiene un doble carácter: “Por una parte, el hecho que el Estado tiene un deber especial de protección del niño, esto es, un deber en relación a su desarrollo integral como persona, esto es, educación, salud, habilidades, capacitación, etc. Por otra parte, la diferencia de necesidades del niño frente al adulto, lo que implica, a su vez, una diferenciación en relación al reconocimiento de derechos y a su ejercicio”²⁶. Asimismo, el deber de protección integral se encuentra prescrito en diversos instrumentos internacionales y, particularmente, en la CDN. Deber que logra su síntesis en un principio que, pese a las discusiones relativas a su definición como principio o lineamiento que va más allá de una directriz, en lo medular, se trata de un aspecto que dirige todo el entramado conceptual que rige a los adolescentes: el interés superior del niño. En cuanto al segundo carácter propio del derecho penal del niño-adolescente, en la medida que los adolescentes se encuentran en una etapa de desarrollo, transitoria, de constante cambio, físicos y contextuales, sus diferencias son ostensiblemente opuestas a las de los adultos a quienes el legislador atribuye la madurez suficiente para aprehender lo que la norma pretender comunicar. No obstante, el reconocimiento de responsabilidad, establecer, *ex ante*, igualdad de trato penal a adultos y adolescentes importa desconocer la etapa de desarrollo en la que se encuentran y, entre otros aspectos, una serie de conductas que en los adultos indudablemente son homologables con las hipótesis prescritas por la norma, pero que en los adolescentes, entre otros aspectos por la necesidad de nuevas experiencias, no lo son. Este segundo carácter es sintetizado en el principio de especialidad que recoge el derecho a un juzgamiento especializado acorde con el derecho internacional de los derechos humanos.

Tomando en cuenta que los principios propios del derecho penal de adolescentes son variados y asumiendo los principios garantistas del derecho penal de adultos, para allanar el camino de la exposición del principio educativo hemos optado por sólo incluir estos dos; pues, la tarea de contener la totalidad de los mismos es una misión inabordable en este trabajo. La elección no es azarosa; pues, ambos -interés superior del niño y especialidad- son concomitantes al educativo, en la medida que lo explican y

²⁵ *Ibidem*. Pág. 15.

²⁶ *Ibidem*. Pág. 16.

complementan: interés superior obliga a un derecho penal especial en virtud de su etapa de desarrollo y, a su vez, la especialidad conlleva a intelectualizar la pena de manera distinta, de ahí que deje de ser pena y denominada sanción y su arribo no puede quedar justificado tan sólo con las antiquísimas teorías que dan fundamento al castigo; pues, en tanto sujetos diversos requieren de penas, sanciones, medidas de igual entidad.

2.1.1.- El interés superior del niño.

La CDN establece en su artículo 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño”. Con todo, evita definir en qué consiste el interés superior dando lugar a una larga controversia relativa a su naturaleza jurídica. Su identificación como principio o derecho subjetivo tiene vital importancia: en el primer caso, su objeto será ponderar derechos en caso de conflicto entre ellos; como derecho, su aplicación será directa y la prueba recaerá sobre él mismo²⁷. Si bien no existe definición clara al respecto, la mayoría de los autores lo consideran un principio jurídico, siguiendo, aparentemente, lo señalado por el Comité de los Derechos del Niño en una de sus orientaciones generales en 1991, esto porque en cuanto al cumplimiento y aplicación que deben dar los Estados partes a la Convención, el interés superior del niño se ubica bajo el apartado denominado “Principios Generales”²⁸.

Por su parte, la doctrina lo ha definido de múltiples formas. Para Miguel Cillero el interés superior del niño “es nada más, pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos”²⁹. La amplitud de la definición lo caracteriza como norma de interpretación, de resolución de conflictos y orientador de políticas públicas. Así, el interés superior del niño

²⁷ RIVAS LAGOS, Emilia. La evolución del interés superior del niño: hacia una evaluación y determinación objetiva. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2015. Pág. 29.

²⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Organización de las Naciones Unidas). Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención, 30 de octubre 1991 (CRC/C/5). Citado por RIVAS LAGOS, Emilia. Ob. Cit. Pág. 28.

²⁹ CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del niño, en infancia, Ley y Democracia en América Latina, compiladores García Méndez y Mary Beloff. Temis-Depalma. Bogotá, 1999. Pág. 84. Citado por BUSTOS, Juan. Ob. Cit. Pág. 18.

no es sólo un principio jurídico; en la medida que permite la resolución de conflictos de derecho y promueve su protección efectiva, se erige como un principio jurídico garantista³⁰. El autor esgrime que la vaguedad e indeterminación afirmada por algunos autores no es tal en la medida que su contenido está claramente explicitado en los derechos prescritos en la CDN.

Para Jaime Couso, se trata de intereses “dotados de especial peso y significación, precisamente por el sólo hecho de tratarse de niños”³¹. Si bien no otorga luces respecto a su naturaleza jurídica, lo considera como una herramienta para dirimir conflictos entre derechos del niño y los de los adultos. Rechaza, de esta manera, la pretendida soberanía absoluta que, *prima facie*, algunos autores conceden a los derechos del niño.

A su vez, Baratta, lo aborda desde una perspectiva amplia: “la relevancia universal del interés del niño, lo cual implica la transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales dirigidas a la protección de los derechos del niño”³². Finalmente, Bustos, señala que los planteamientos señalados apuntan a darle al principio -comulga con esta descripción en cuanto a su naturaleza jurídica- un campo operativo y concreto. Es decir, la pretensión de amplitud para abarcar mayores consideraciones protectoras para los niños conspira con su real efectividad; la función de toda garantía es que tenga operatividad y un requisito indispensable consiste en su contenido específico. En ese sentido, prosigue, el interés superior del niño está referido a todos aquellos conflictos que puedan suscitarse entre el niño y otros, priorizando los derechos del niño³³.

Para Myrna Villegas, en el establecimiento de la responsabilidad penal la CDN vincula el interés superior del niño con la categoría de “menor-abandonado-delincuente” a quien hay que brindar protección. Para esta afirmación emplea una interpretación sistemática del articulado basándose en lo prescrito por el artículo 39 que señala: “Los

³⁰ RIVAS LAGOS, Emilia. La evolución del interés superior del niño: hacia una evaluación y determinación objetiva. Ob. Cit. Pág. 28.

³¹ COUSO, Jaime. Más acá del interés superior del niño, en infancia y Democracia en América Latina, compiladores García Méndez y Mary Beloff. Temis-Depalma. Bogotá, 1999. Pág. 84. Citado por BUSTOS, Juan. Ob. Cit. Pág. 18.

³² BARATTA, Alessandro. Infancia y democracia. GARCÍA MÉNDEZ, E., BELOFF, M. (compiladores.), Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998), Temis/Depalm. Colombia, 1998, pp. 21-40. Citado por BUSTOS, Juan. Ob. Cit. Pág. 18.

³³ BUSTOS, Juan. Ob. Cit. Pág. 19.

Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad de trato”. Inmediatamente después, en el artículo 40, se hace alusión al artículo 39 para referirse a la responsabilidad penal. Niño carenciado, en situación irregular o abandonado, son diversas acepciones para aquel que no dispone de los medios, sociales, contextuales, ambientales y económicos para adoptar una posición respetuosa de los valores que rigen, mayoritariamente, la sociedad y las normas. Sabido es que estas características se asocian a pobreza y marginalidad, a jóvenes y adolescentes cuyas circunstancias impiden la deseada coincidencia entre persona, normas y responsabilidad. En esta medida, Villegas, refiere que la CDN y por extensión los Estados partes, aplican sus preceptos a “muchachos pobres, muchachos marginales, todos los cuales son necesarios eliminar o neutralizar para mantener el proceso de acumulación de riquezas”³⁴.

2.1.2 Especialidad o autonomía en el derecho penal adolescente: el principio de especialidad.

El derecho penal que incumbe a los adolescentes es considerado autónomo o especial en relación con el derecho penal de los adultos. La CDN en 1989, clarificó el trato que debía otorgarse a NNA infractores de la ley penal, esto es, en principio, el mismo que a cualquier persona -ingreso al derecho penal- en el sentido de conceder las mismas garantías que todo imputado tiene desde el momento en que se investiga un hecho constitutivo de delito en su contra; luego, un trato especial, es decir a las garantías propias del derecho penal, se suman aquellas provenientes de la CDN, es decir, los derechos del niño. Así, desde el reconocimiento de los adolescentes en tanto personas, se les responsabiliza por sus actos y se admiten con la consecuente autonomía y libertad de deliberación que caracteriza la evolución del derecho penal desde la Revolución Francesa. Con todo, para distinguir el derecho penal del niño-adolescente como derecho penal -propriadamente tal- es requisito *sine qua non* considerar los principios garantistas

³⁴ VILLEGAS, Myrna. Ob. Cit. Pág. 12.

desarrollados por en virtud de los derechos del niño. En ese sentido, y según lo señalado anteriormente, según Bustos los fundamentos de la autonomía tienen un doble carácter. Por un lado, el Estado tiene un deber especial de protección del niño vinculado con la obligación de promover su desarrollo integral como persona: educación, salud, habilidades, capacitación, etc. Por otro, adultos y adolescentes tienen distintas necesidades, reconocer esta diferencia es básico en la identificación de NNA como personas, lo que implica, a su vez, una diferenciación entre el reconocimiento de derechos y su ejercicio³⁵. Necesidades que están directamente relacionadas con un determinado desarrollo del niño y adolescente; los conflictos que enfrenta un adulto difieren de los que acaecen para los adolescentes. Tildar de desviada una conducta, en abstracto, empleando el mismo canon para adultos y adolescentes, sería una flagrante infracción a los preceptos de la CDN. Los adolescentes se encuentran en una etapa en que todo representa cambios: expectativas, percepción del tiempo, valores y principios comienzan un proceso de alteración en conjunto con su evidente cambio fisiológico. Lo que para un adulto constituye una infracción normativa y, sabiendo, o no pudiendo menos que saber, de igual forma la realiza; para un adolescente, en muchos casos, se trata de la constatación de que se encuentra en un estadio distinto de desarrollo lo que, sumado a su necesidad de nuevas experiencias, constituyen actos que -si bien estadísticamente se consideran delitos- en modo alguno de por sí implican el inicio de una carrera criminal³⁶. En suma, Maldonado, manifiesta que “se debe tener en cuenta que para los adolescentes el sentido de determinados comportamientos puede ser diverso al que es propio de un adulto en su relevancia o significado concreto, adquiriendo naturalmente -y eso es lo importante- una perspectiva que puede ser diversa a la prevista por el legislador a partir del mismo contenido y de los elementos que han sido considerados en la tipificación de un delito”³⁷.

La peculiaridad de los agentes justifica, por tanto, una relativa moderación o benignidad representada en la exigencia del establecimiento de un régimen penal especial en el contexto de la CDN. La importancia de consagrar normativamente la necesidad de un trato diferenciado para los adolescentes infractores de ley ha sido recogida y consagrada como un derecho fundamental por el derecho internacional de los derechos humanos. Así,

³⁵ BUSTOS, Juan. Ob. Cit. Pág. 16.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ COUSO SALAS, Jaime. Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes: El caso de la Ley chilena. En: justicia y derechos del niño, N° 10. 2008. Pág. 106. Citado por MALDONADO, Francisco. Ob. Cit. Pág. 46.

tanto las normas de procedimiento como las sustantivas deben ajustarse a esta especialización.

Mauricio Duce, denomina el derecho a un tratamiento especial como “principio de especialidad”, cuya finalidad es identificar las consecuencias concretas que tiene su consideración en la regulación de instituciones y garantías procesales en favor de los jóvenes. El “principio de especialidad” se encuentra regulado ampliamente en diversos instrumentos internacionales: la CDN establece en su artículo 40.3 “Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se les acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”; en similares términos, la Regla 2.3 de Beijing prescribe que en cada país deberá procurarse “promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores”³⁸. En esos términos, el derecho a un juzgamiento diferenciado se funda: en el reforzamiento del debido proceso, el fortalecimiento de la libertad y mayores restricciones a su privacidad en el proceso, aplicación de la prisión preventiva como último recurso, exigencias más estrictas respecto a la extensión temporal del proceso, mayores resguardos al derecho de defensa, derecho a la información directa y sin demora de los cargos, derecho a ser escuchado en forma directa, derecho a la asistencia apropiada y exigencias más estrictas para la renuncia de derechos que integran el debido proceso. En los aspectos de carácter procesal, Duce, destaca que la necesidad de tener un proceso flexible y liviano es una consecuencia del “principio educativo”: “la idea que los procesos seguidos en contra de niños y jóvenes presenten niveles mayores de flexibilidad o sean concebidos como “más livianos” que los de los adultos es una consecuencia del “principio educativo” que impera en los sistemas de justicia juvenil. Así, por ejemplo, en el caso alemán, Albrecht sostiene que la doctrina de dicho país enfatiza que a partir de ese principio el proceso penal debe ser especialmente elástico y que preceptos rígidos deben mantenerse circunscritos a la medida mínima inevitable, pues la hipertrofia de lo formal impide a menudo –ya en el

³⁸ DUCE, Mauricio. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. En el marco del proyecto Fondecyt N ° 1080644 denominado “El Principio de Especialidad en el Derecho Penal y Procesal Penal de Adolescentes”. 2009. Pág. 76.

planteamiento- la realización del principio educativo. De ello precisamente deduce la necesidad de una aceleración especial de este tipo de procedimiento”³⁹

En cuanto al derecho penal de adolescentes sustantivo, Jaime Couso establece la exigencia de distinguir entre principios básicos, por una parte, y estándares de juzgamiento diferenciado, por la otra. Los primeros tienen la finalidad de orientar la política y al sistema de justicia pena juvenil hacia la especialidad, entre ellos se cuentan: responsabilidad penal especial, protección del desarrollo y los derechos de los adolescentes y especial orientación a la prevención especial positiva. Los estándares de juzgamiento derivan de los principios básicos y consisten en principios jurídicos más específicos, cumplen con la pretensión de servir operativamente en la actividad de enjuiciamiento penal para honrar el mandato de especialidad del derecho penal de adolescentes. Estos últimos se organizan como especificaciones de los tres principios básicos, sin entrar en detalles y para ofrecer un esquema general se expondrán acotadamente. Del principio de responsabilidad penal especial se desprenden: el juzgamiento diferenciado de ciertos aspectos del injusto penal; culpabilidad disminuida del adolescente y tratamiento punitivo privilegiado; juzgamiento diferenciado de los elementos de culpabilidad; juzgamiento diferenciado de la coautoría y la complicidad. Del principio de especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente se desprenden: la intervención mínima y desjudialización; excepcionalidad de la privación de libertad; y mayor brevedad posible de la privación de libertad. Del principio de especial orientación del Derecho penal de adolescente a la prevención especial positiva se desprenden: proscripción de las justificaciones meramente incapacitadoras en la individualización judicial de las sanciones; y juzgamiento diferenciado de ciertos aspectos del injusto social⁴⁰.

3.- El principio educativo.

3.1- Nociones generales del principio educativo: características y contenido.

Destinar un apartado especial, fuera del establecido para los principios que informan el derecho penal juvenil, al principio educativo, obedece al cómo será

³⁹ *Ibidem*. Pág. 104.

⁴⁰ COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencia para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII*. Valparaíso, Chile, 2012. Pág. 286.

considerado para efectos de su análisis y contrastes: como eje configurador del sistema de sanciones y razón teórica en y para el sistema penal juvenil. Para llegar aquí debimos exponer, brevemente, el recorrido histórico de la niñez, para -una vez reconocidos NNA en su subjetividad- describir el sistema de responsabilidad penal especial como continente de las garantías y derechos referidos en diversos tratados internacionales y, particularmente, en la CDN; sistema que recoge la especialidad en el tratamiento de jóvenes infractores y el interés superior del niño como principios básicos a respetar en cada intervención. Precisamente, como veremos, el carácter especial y el interés superior del niño permiten volver a lo que parecía olvidado: la intención educativa.

Educación y derecho penal, castigo y educación, dos conceptos ubicados en las antípodas del actual contexto pedagógico y que se vinculan en el sistema sancionador de jóvenes infractores de la Ley penal. Cómo caracterizar la “educación” asociada con una pena, cuál es su contenido y en qué consiste su objetivo. La doctrina no está conteste en cuanto a estas preguntas; el concepto de educación y la viabilidad de una intervención que combine el carácter educativo con el penal-sancionador son los principales problemas⁴¹. Sin embargo, el punto crítico está en la tautología señalada por Albrecht “el derecho penal de menores es derecho penal”⁴²: crítico porque, *a priori*, no nos parece cuestionable la pretensión de “educar” a través de una pena, pues la intención de modificar conductas no es algo extraño en la doctrina penal. Las suspicacias comienzan al emplear la expresión “educación”; por qué explicitar el ideal reformista y a qué educación se refiere. La tautología de Albrecht no es baladí; nos recuerda que, efectivamente, el derecho penal de adolescentes es derecho penal, pero distinto, uno que no sólo es especial, porque diversos instrumentos internacionales así lo exigen, sino que es interpretado como derecho penal de autor y no como derecho penal del hecho. Asimismo, este límite hace que el derecho penal de adolescentes mute en uno diverso del correspondiente a los adultos, y más cercano a uno caracterizado como derecho penal de “educación”.

Antes de esbozar críticas debemos clarificar a qué educación se refiere; la amplitud del concepto vuelve aún más difícil compatibilizar una intervención educativa con la

⁴¹ CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz. Ob. Cit. Pág. 24.

⁴² ALBRECHT, Meter-Alexis. El derecho penal de menores. Traducción al castellano por Juan Bustos Ramírez. PPU, Barcelona, 1990. Pág. 94.

necesidad de justicia⁴³. Con mayor razón, considerando que aspirar a educar mediante el castigo dista de ser un horizonte novedoso, ni propiedad exclusiva de los sistemas teóricos recientes, al alero del derecho internacional de los derechos humanos. La pretensión educativa se ubica mucho antes de la preeminencia del sistema de responsabilidad especial en el derecho penal juvenil. Por ejemplo, los sistemas de justicia juvenil de buena parte del siglo XX se inspiraron en la aspiración educativa y resocializadora que discursivamente planteaban los Tribunales de Menores de Chicago⁴⁴; las medidas educativas y la resocialización, se imponían como una necesidad del menor sin respeto a garantías mínimas desconociendo su carácter de persona y de sujeto de derechos; el sistema tutelar planteaba la necesidad de un examen de discernimiento para el acceso al sistema penal, asumiendo, a lo menos en forma implícita, la necesidad de corrección que excedía el injusto cometido por el adolescente, obviando la justicia en el castigo proferido; por último, el giro de las últimas décadas consistió en una justicia juvenil más respetuosa de aquellas garantías enfocada en un castigo justo y proporcional a la gravedad del delito.

Cómo entonces fijar el contenido, características y objetivos del principio educativo teniendo en cuenta estos antecedentes. Mientras para unos autores la expresión educación no puede referirse a lo que la pedagogía y las ciencias de la educación entienden por tal⁴⁵; para otros, el principio educativo debe comprender los conocimientos de la pedagogía y las ciencias de la educación, como garantías y limitaciones al derecho penal⁴⁶. Pocos autores se han aventurado a conceptualizar el principio educativo en cuanto tal, la vasta literatura en la materia cumple con dar por sentado el debate en cuanto al contenido del principio y sus características y dan paso inmediato a elucubraciones en torno a sus consecuencias: a los fines de la pena, las penas privativas de libertad, su ejecución, potencial resocializador, etc.

⁴³ “En consideración al pensamiento de ‘educación’ postulado por la jurisprudencia y la doctrina predominante, desde siempre, existe en forma evidente la discrepancia entre pretensión de ‘educación’ y planteamiento de justicia. Esta discrepancia no se puede retrotraer a falta de recursos y fracasos institucionales: ella radica en la vaguedad del concepto de ‘educación’ jurídico penal, por una parte, y, los conflictos de objetivo del derecho penal de menores, por otra”. *Ibíd.* Pág. 95.

⁴⁴ PLATT M, Anthony. *Ob. Cit.* Pág.

⁴⁵ “A diferencia de esta educación ‘a través de la pena’, que requiere de -y cuenta con- el contexto coactivo de la justicia penal, la educación de la que se habla en pedagogía y en las ciencias de la educación aspira al desarrollo de la personalidad, contando con su autonomía y participación, y considerando plenamente su subjetividad”. COUSO, Jaime. *Principio Educativo y (RE) Socialización en el Derecho penal juvenil. Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, UNICEF, agosto, 2007. Pág. 219.

⁴⁶ CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz. *Ob. Cit.* Pág. 24.

Pese a ello, Beatriz Cruz Márquez, otorga luces al respecto y señala que el principio educativo (y por extensión la persistencia en el horizonte educador del sistema sancionatorio) se fundamenta en las mejores condiciones en que se encuentran los adolescentes, en relación con los adultos, para responder favorablemente a una intervención educativa y en la mayor vulnerabilidad ante los efectos negativos de la sanción. Entendida así, la sanción, va más allá de la mera intervención sancionadora; por el contrario, el objetivo primordial es fomentar la resocialización del joven infractor, delimitando su contenido en función de los elementos que determinan a la sanción en su faz pedagógica. En esta medida, la autora, plantea tres objetivos que debe cumplir una intervención educativa: “1) fomentar aprendizajes, 2) ofrecer refuerzos y recursos para poder conseguir los aprendizajes, 3) obtener modificaciones para el cambio. Lo que exige atender a las circunstancias personales y contextuales del menor no sólo al valorar su responsabilidad penal, sino también a la hora de decidir y modular la intervención a desarrollar sobre la base del modelo educativo practicado”⁴⁷. Así, el principio educativo se erige como una garantía del adolescente infractor que comprende sus particularidades valorativas y personales; pero, para evitar las intervenciones excesivas en post de reformas que rememoren el antiguo sistema que enfrentaba a NNA a procedimientos sin garantías, es que la intervención educativa está sometida al principio de intervención mínima, en la medida de que se trata de una intromisión en la intimidad de la persona.

Según Beatriz Cruz, la importancia de establecer el contenido del principio educativo estriba en abordar la posición que ocupa en el derecho penal de adolescentes, para determinar cuál es su relación con lo demás principios integrantes del sistema. En ese sentido, la autora, propone al principio educativo como “el principal exponente de la especialización del régimen penal juvenil”⁴⁸: emplear instrumentos y parámetros socio-pedagógicos que conformen la sanción como exigencia de responsabilidad. Enfatiza en que no debe ser concebida -la intención educacional- como preeminente a la penal, enarbolando el interés superior del niño como razón legitimadora; se trata de elaborar una sanción que comprenda una respuesta educativa que considere la autonomía del adolescente⁴⁹.

⁴⁷ *Ibíd.* Pág. 27.

⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 28.

⁴⁹ “En suma, la presencia de éste como plasmación del carácter específico del derecho penal de menores frente al de adultos no debe interpretarse en términos de preferencia del aspecto educativo sobre el penal, esgrimiendo la bandera del interés superior del menor, sino que supone más bien, manteniendo los límites

En otros términos, el principio educativo constituye una expresión de garantías y la manifestación de una nueva forma de visualizar la educación inmersa en el sistema penal: desechando de plano la concepción intervencionista sin consideración de los adolescentes como sujetos de derecho y, por consiguiente, de su subjetividad; se trata, en cambio, de una forma de orientar y prevenir el futuro comportamiento delictivo mediante herramientas educativas insertas en el sistema de justicia penal, respetuosas de su autonomía y subjetividad. En ese sentido, Jaime Couso, expresa que el principio educativo, en la sanción penal juvenil, debe servir como “una dirección parcial del comportamiento, en el sentido de la exigencia de un comportamiento legal” en el marco coactivo de la pena, y no una cuestión de naturaleza integral, como la educación formal⁵⁰. Si bien la experiencia previa al arribo de la CDN aconseja dejar de lado la preocupación por intervenir “educativamente” en la conducta de los infractores, el sistema de responsabilidad especial al amparo de la CDN –para muchos autores- permite dar un nuevo contexto al empleo de intervenciones educativas. Sumado a lo expresado por Beatriz Cruz, Couso, efectúa un acertado diagnóstico en cuanto a las implicancias del principio educativo en el sistema penal juvenil⁵¹ a partir del cual deriva seis tesis sobre la razonabilidad y legitimidad del ideal resocializador en el derecho penal de adolescentes: primera, el ideal resocializador – asociado a intervenciones de carácter educativo- sólo debe emplearse como un argumento despenalizador, de modo que en infracciones de baja entidad, es preferible mantener al adolescente en un ambiente normal; segunda tesis, despenalizar con orientación socializadora, alude a derivar el caso a servicios sociales o de protección a la infancia y familia, en la medida que existan necesidades especiales de apoyo a su educación; tercera, si las particularidades del caso exigen la intervención del sistema de justicia juvenil, el principio educativo y el ideal resocializador deben servir como un argumento para reducir la intensidad de la intervención penal; cuarta tesis, la selección de una medida ambulatoria, orientada a la prevención especial, con posibilidades reales de ser eficaz, permite y exige individualizar la sanción –con fundamento en el principio educativo- basado en las

intrínsecos a toda intervención punitiva, la necesidad de conformar educativamente la respuesta aplicada, que habrá de orientarse al desarrollo de la capacidad de participación autónoma por parte del menor, en lugar de contentarse con la mera imposición de castigos”. *Ibidem*. Pág. 29.

⁵⁰ COUSO, Jaime. Principio Educativo y (RE) Socialización en el Derecho penal juvenil. *Ob. Cit.* Pág. 219.

⁵¹ El autor, señalados tres presupuestos que expresan el fracaso en el derecho penal juvenil de las medidas educativas, responde a la pregunta ¿Qué espacio queda para los viejos objetivos educativos y de (re)socialización en este nuevo derecho penal juvenil garantista y proporcionalista? Ofrece 14 hipótesis a modo de diagnóstico para fijar el nuevo contenido de la intervención educativa en el derecho penal juvenil. *Ibidem*. Pág. 219.

características del infractor y su situación familiar y social; quinta, el principio educativo erigido como límite y garantía en la intervención, debe evitar la imposición de sanciones, aun ambulatorias, cuando sea posible prescindir de todo tipo de sanción en virtud de un proceso de conciliación entre el autor y la víctima, acompañado en su caso de una reparación material o simbólica; sexta tesis, desechadas todas las opciones anteriores, y justificada la imposición de una medida privativa de libertad, el principio educativo y el ideal resocializador cumple un importante papel en la ejecución penitenciaria, fundamentando una regulación más benigna en materia de las condiciones de encierro (infraestructura, equipamiento, oferta programática, calificación del personal, etc.) y de beneficios penitenciarios⁵². Alineado con lo dispuesto por Beatriz Cruz, Couso, lejos de recomendar el alejamiento de la intención educativa en el derecho penal juvenil, lo considera una herramienta eficaz para el resguardo de garantías en la intervención y como un método de responder a necesidades especiales del joven infractor.

En síntesis, tanto Beatriz Cruz como Couso coinciden en la necesidad de la permanencia del principio; sin embargo, dejan en claro que debe tratarse de una herramienta eficaz para garantizar el respeto por las garantías de jóvenes infractores enfocado en la resocialización como fin que debe, ante todo, considerar su autonomía y subjetividad.

3.2.- Instrumentos internacionales y la exigencia del principio educativo en la sanción adolescente.

Redefinir el trato que se otorgaba a los jóvenes infractores de ley penal fue un proceso arduo y complejo; para dejar atrás el modelo inspirado en su situación irregular, con vagas y amplias medidas que excedían el injusto y ahondaban en la reforma de conductas sin consideración a su autonomía y subjetividad hubo que esperar un extenso período de tiempo con discusiones, reformas y nuevas legislaciones. La normativa internacional fue decisiva en la forma de abordar el problema: las nuevas formas de abordar la infancia venían precedidas de un amplio período de discusiones plasmadas en diversos instrumentos que fijaban derechos y garantías mínimas en el trato de NNA. De su reconocimiento, respeto, promoción y protección, surgió el modelo de responsabilidad

⁵² *Ibidem*. Pág. 228.

penal especial que fijó principios y garantías que debían ser respetados por todos los estados parte. Interés superior del niño, especialidad en el tratamiento y fines de resocialización en la sanción, derivan del consenso internacional en el cómo abordar la infancia. Por consiguiente, considerar la normativa internacional en el análisis es de absoluta relevancia para abordar el principio educativo en su contenido y objeto, pues constituye la justificación, para los estados suscriptores, en la persistencia del horizonte educativo en la sanción penal juvenil, nuestro caso la Ley N° 20.084. En este contexto, la CDN constituye el más importante tratado vigente en materia de derechos de la niñez y se encuentra plenamente incorporado a nuestra legislación. Comprende un extenso catálogo de derechos y garantías, pero, para los efectos de nuestro trabajo, serán destacados sólo los aspectos que, a nuestro juicio, influyen ostensiblemente en las normas relativas a los fines de la sanción y, particularmente, en el horizonte educativo.

Anteriormente, mencionamos la estrecha relación que existe entre el interés superior del niño y el principio educativo, la CDN, en su artículo 3.1, expresamente señala que en todas las medidas adoptadas en contra de niños debe, ante todo, atenderse a su interés superior⁵³. Asimismo, el artículo 37, letras a), b), c) y d) consagra la proscripción de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, pena capital y presidio perpetuo, la privación de libertad como medida de último recurso y por el plazo más breve posible, el principio de separación de los adultos y la posibilidad de impugnar la privación de libertad, entre otros⁵⁴. El artículo 40, reconoce una serie de derechos y garantías penales y procesales a jóvenes infractores de ley penal. En armonía con el imperativo del interés superior, exige a quienes se acuse o se declare culpable, se les trate de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y valor; luego, prosigue, el artículo 40.1 con

⁵³ Artículo 3.1 CDN: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

⁵⁴ Artículo 37 CDN: Los Estados partes velarán porque: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin la posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de otra manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

establecer los fines de aquel trato, señalando la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. Al momento de buscar los antecedentes del principio educativo y su concreción en el ideal resocializador, esta norma cobra vital importancia: obliga a los estados parte a que la pena-sanción a imponer no puede tener como fin único el castigo, es más insta a la reintegración y agrega un contenido valórico al incluir la función que se aspira cumpla aquel niño. Posteriormente (40.2), se detallan una serie de derechos relacionados con los imperativos mencionados: presunción de inocencia, legalidad, información y asistencia jurídica, juez natural, proceso breve, derecho a guardar silencio y participar en el juicio, derecho al recurso, derecho a intérprete, respeto a la vida privada⁵⁵.

Por otro lado, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), constituyen otro sustento normativo con la finalidad de ofrecer recomendaciones y orientaciones de las naciones integrantes de la comunidad internacional, formando parte de los derechos fundamentales correspondientes a la niñez y adolescencia. Este conjunto de reglas son de particular interés en cuanto a la búsqueda criterios orientadores para la instauración de sanciones con contenido educativo. Tanto la CDN como las Reglas de Beijing efectúan orientaciones con un evidente contenido valórico; *a priori*, no parece representar problema alguno, sin embargo, la

⁵⁵ Artículo 40 CDN: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

pregunta va más allá de la incorporación de frases y palabras con aquel contenido, lo cuestionable está en el contenido en sí de aquellas normas, en su significado y las implicancias con el desenvolvimiento en sociedad. No será esta la oportunidad para comenzar la crítica -que esbozaremos en el próximo capítulo- sí de sentar las bases para ella. En ese sentido, la Regla 1. Titulada “Orientaciones Fundamentales”, señala que los Estados miembros deberán realizar todos los esfuerzos para crear condiciones personales y educacionales que garanticen a niños, niñas y adolescentes un proceso de desarrollo lo más exento de la delincuencia posible, tomando en cuenta la propensión al comportamiento desviado en que se encuentran⁵⁶. Mencionar lo propenso al comportamiento desviado se alinea con los argumentos empleados por Beatriz Cruz para solventar la permanencia del principio educativo; pues, se homologa con la mayor propensión para alcanzar modificaciones en las conductas de los jóvenes -por medio de medidas educativas- debido a su especial etapa de desarrollo. En suma, las Reglas de Beijing, forman parte del conjunto de normas que hacen hincapié en el particular momento de desarrollo de los jóvenes -principio de especialidad- traducido en una serie de necesidades especiales, reflejado, por ejemplo, en la regla 1.2. Asimismo, la regla 2.3, señala que cada jurisdicción nacional procurará promulgar leyes que apliquen estas recomendaciones y que, por tanto, respondan a las diversas necesidades de jóvenes infractores de ley penal garantizando sus derechos básicos, pero debiendo satisfacer, también, la necesidad de justicia exigida por la sociedad⁵⁷. A su vez, la regla 5, apunta a los objetivos de la justicia de menores, enfatizando en la búsqueda de su bienestar y respuestas proporcionadas a sus circunstancias personales y las del delito⁵⁸. Por otro lado, la regla 16 resalta la necesidad de considerar las circunstancias personales del menor para facilitar una decisión justa, en

⁵⁶ Regla 1.2: Los Estados Miembros se esforzarán por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento de delito y delincuencia posible.

⁵⁷ Regla 2.3: En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto: a) Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos; b) Satisfacer las necesidades de la sociedad; c) Aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian a continuación.

⁵⁸ Regla 5. Objetivo de la justicia de menores. 5.1: El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

virtud de los informes pertinentes, del todo relevantes en la individualización de la sanción⁵⁹.

Por su parte las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices RIAD), constituyen un instrumento internacional que efectúa recomendaciones a los Estados miembros, relacionadas con la prevención de la delincuencia juvenil en el marco general de la normativa internacional de derechos humanos. En cuanto al tema que convoca este trabajo, destaca la letra a) de la directriz número 5, esto porque menciona que las oportunidades educativas son una efectiva herramienta de atender las necesidades de los jóvenes, servir de apoyo en su desarrollo personal y prevenir, en consecuencia, la delincuencia⁶⁰. El apartado IV titulado “Procesos de socialización”, dispone en la directriz 10 el énfasis que debe prestarse a los procesos socializadores asociados a la integración de niños y jóvenes en sociedad, esto es asociado a la vida en comunidad, la escuela, la formación profesional, la familia etc.⁶¹ La directriz 21 se refiere expresamente a la educación y en su letra a) señala que los sistemas de educación deben prestar especial atención a la enseñanza de aquellos valores que son considerados fundamentales para la vida en sociedad, junto con el fomento a su autonomía e identidad⁶².

Finalmente, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, si bien no es una normativa referida exclusivamente a la niñez, su estatuto es aplicable a las personas en general, incluidos NNA. El artículo 10.3 dispone el especial tratamiento que se debe

⁵⁹ Regla 16. Informes sobre Investigaciones sociales. 16.1: Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito.

⁶⁰ Directriz 5. Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. La política y las medidas de esa índole deberán incluir: a) La creación de oportunidades, en particular educativas, para atender a las diversas necesidades de los jóvenes y servir de marco de apoyo para velar por el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular de aquellos que están patentemente en peligro o en situación de riesgo social y necesitan cuidado y protección especiales.

⁶¹ Directriz 10. Deberá prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración eficaces de todos los niños y jóvenes, en particular por conducto de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias. Se deberá respetar debidamente el desarrollo personal de niños y jóvenes y aceptarlos, en pie de igualdad, como coparticipes en los procesos de socialización e integración.

⁶² Directriz 21. Los sistemas de educación, además de sus posibilidades de formación académica y profesional, deberán dedicar especial atención a: a) Enseñar los valores fundamentales y fomentar el respeto de la identidad propia y de las características culturales del niño, de los valores sociales del país en que vive el niño, de las civilizaciones diferentes de la suya y de los derechos humanos y libertades fundamentales.

brindar a jóvenes infractores en el régimen penitenciario⁶³; el artículo 14.4, de especial importancia para nuestro trabajo, se refiere a la circunstancia de buscar la readaptación social como finalidad de la pena en el derecho penal juvenil⁶⁴.

Cada uno de estos tratados es fundamental para comprender los antecedentes de la legislación interna en materia de responsabilidad penal adolescente de los Estados miembros -incluido Chile. Se evidenció que el interés superior del niño debe primar en cada una de las intervenciones que involucre a jóvenes infractores de ley penal; a su vez, se desprende que el principio de especialidad hereda de estos instrumentos las especiales consideraciones que deben contemplarse al momento de fijar medidas y sanciones en cuanto a las particulares características de los agentes. Ciertamente, la sanción en su faz educativa, es transversal en cada uno de los instrumentos expuestos: se contempla la educación como medio preventivo y, también, como correctivo. Se enfatiza el estadio de desarrollo particular en que se encuentran los infractores, lo que permite mayor eficacia en el horizonte preventivo y en la propuesta correctiva. En suma, los instrumentos internacionales, apuntan a que los fines de la pena en materia de derecho penal juvenil no pueden entregarse a la mera retribución; por el contrario, se recomienda expresamente la necesidad de medidas de carácter educativo.

3.3.- Fines y funciones de la sanción penal juvenil.

El castigo, es la respuesta directa a un ilícito. El infractor por su falta se ve compelido de manera insalvable a una contravención. Infractor, que al parecer transgrede de algún modo brutal o sutil, cierto orden querido y estimado como bueno o útil⁶⁵. Sin embargo, qué es el castigo, qué implica el acto de castigar. Es, indudablemente, un mal. Mal que, programática, institucional, y concientemente es impuesto al victimario. Por tanto, el castigo es, *per se*, dañino y malo. El castigar, en tanto violencia contra violencia, necesita para su implementación de una razón, de alguna justificación que, *ex ante*, nos

⁶³ Art 10.3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

⁶⁴ Art. 14.4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

⁶⁵ LAGOS COFRÉ, Juan Omar. La dimensión filosófica y moral de la pena. Revista de Derecho volumen XII, Universidad Austral de Chile. Pág. 130.

permita comprender el por qué de tal mal. De lo contrario, cómo aceptar la institución del castigo; sin una razón justificadora parece arbitrario e irracional. Conocidas son las latas discusiones relativas a la justificación de la pena, pero necesarias para comprender la razón legitimadora de la función punitiva del Estado. Naturalmente, el derecho penal juvenil –en tanto derecho penal- debe abordar estos temas; de lo contrario, se trunca el alcance teórico que debe asistir a quienes infringen una norma y, en consecuencia, son castigados. En suma, se debe abordar la sanción en su carácter teleológico, su negatividad, el disvalor concomitante y la limitación de derechos, para lograr el adecuado sustento que permita concebir a los adolescentes con el merecimiento suficiente para ser objeto del *ius puniendi* estatal; pues, la ratificación de instrumentos internacionales, no es fundamento suficiente. Desde el ámbito del derecho penal juvenil la discusión en torno al castigo su función y finalidad es incipiente. Por ello no podemos evitar las interpretaciones fundamentales y tradicionales que han dominado la discusión, como las teorías retributivas y relativas de la pena, que nos serán útiles para establecer al principio educativo como fin primordial de la sanción penal juvenil.

Referirnos al derecho penal juvenil implica, de antemano, asumir que se hace cargo de cada uno de los componentes esenciales del derecho penal general: sujetos que detentan derechos y que comprenden –en mayor o menor medida- la comunicación realizada por las normas, respecto a aquellas acciones que son permitidas y aquellas que, de ejecutarse, se vinculan a una especie de reproche. Potencialmente, pueden ser responsabilizados por otro que imputa e impone un castigo. Se determinó que, cumplidas ciertas condiciones, a los adolescentes se les puede imputar⁶⁶ un hecho delictivo y, en consecuencia, ser responsabilizados. Los adolescentes pasan a formar parte del universo “seleccionable” como culpable, es decir, son sujetos de lo cuales puede predicarse la culpabilidad y, paralelamente, son aptos para causar un mal relevante y su causación efectiva constituye el merecimiento suficiente para ser castigados.

El modelo de responsabilidad penal especial pretende acercar la justicia penal de adultos al juzgamiento de adolescentes, en particular en cuanto a sus derechos y garantías. La justicia penal juvenil debe reforzar estos derechos y garantías con mayores beneficios para los adolescentes, en virtud del principio de especialidad que exige diferenciar el

⁶⁶ Según Kelsen imputable es quien es castigado por su comportamiento, es decir, aquel que puede ser responsabilizado. KELSEN. Teoría pura del derecho. Editorial Porrúa, México, 1993. Pág., 96.

tratamiento de los adolescentes con el de los adultos debido al particular proceso de formación en el que se encuentran. La sanción penal juvenil adquiere el carácter de elemento caracterizador del sistema de responsabilidad penal adolescente; pues, cumple con explicitar en términos prácticos las consecuencias del reconocimiento de los adolescentes como sujetos de derecho, en la medida que refleja su aptitud para ser culpables y el merecimiento para ser castigados, a saber, su responsabilidad⁶⁷. La importancia de reconocer a la sanción como elemento caracterizador del derecho penal juvenil, para efectos de relacionarla con el objetivo primordial del presente trabajo, estriba en sus fines y fundamento. Esto porque cuando nos referimos al principio educativo y sus principales características, los principales autores hacen alusión a las razones de su permanencia más que a su contenido; pues, éste queda determinado por los fines de la sanción que se asocian al principio educativo.

La denominación del castigo asignado a los jóvenes infractores de ley penal como sanción no es azarosa: para destacar la superación de los criterios basados en la peligrosidad, propios del modelo tutelar, es que no se denominó como medida; tampoco fue señalada como pena debido a la especial naturaleza del derecho penal adolescente, explicitando la escisión respecto de la justicia penal de los adultos orientada, principalmente, a fines retributivos⁶⁸. Eufemismo o no, lo cierto es que el reconocimiento de NNA como sujetos de derechos y su manifestación en diversos instrumentos internacionales que, a su vez, establecieron el imperativo de juzgar penalmente por un derrotero diferente a adolescentes respecto de los adultos, fueron hechos que exigían distinción precisa y clara respecto a la forma de castigar a los adolescentes, por eso se prefirió designarla como sanción.

La sanción tiene una connotación negativa, pues, por un lado, se trata de una conducta delictiva asociada a un disvalor social; por el otro, consiste en una restricción o limitación a derechos fundamentales. Por eso, la definición de los fines de las sanciones penales juveniles no es pacífica, más considerando que debe, ante todo, respetar el interés superior del niño. Los fines de la pena informan al sistema penal, es decir, deben estar acuciosamente definidos sea para adultos, sea para adolescentes. Sin embargo, la

⁶⁷ TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. Fines y determinación de las sanciones penales juveniles. Estudios de derecho penal juvenil II, Defensoría Penal Pública, diciembre, 2011. Pág. 14.

⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 14.

delimitación de los fines de la sanción adolescente importa una complicación teórica adicional debido a su doble naturaleza penal y educativa; las variadas teorías sobre la fundamentación de la pena son de gran utilidad para comparar el sistema adolescente con el de adultos y confirmar su especificidad. Para efectos explicativos, resulta metodológicamente útil recurrir a las teorías de la pena; sin embargo, evitaremos indagar exhaustivamente en ellas, para centrarnos en la búsqueda de argumentos conciliadores entre el principio educativo y las pretensiones preventivas generales, por un lado, y preventivas especiales, por el otro.

La prevención general negativa entendida como la conminación penal contenida en la norma, presupone un vínculo psicológico entre el mensaje de la norma penal y los ciudadanos; según la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, la pena debe consistir en un castigo ejemplar para reprimir, desde un comienzo, la tendencia criminal⁶⁹. Difícilmente, el principio educativo puede orientar sanciones con fines preventivos generales negativos; los destinatarios son adolescentes y su desarrollo psicológico y moral es menor al de un adulto, disminuyendo consecuentemente la exigencia de este tipo de vinculación. Dar entrada a la posibilidad de fundamentar la sanción en clave preventivo general importa sublimar el carácter educativo de la amenaza, pues se estaría bregando por un concepto de educación opresivo, excluyendo el fomento al desarrollo autónomo del individuo, limitando el contenido de la sanción exclusivamente a su carácter coercitivo⁷⁰.

La prevención general positiva, a su vez, busca como finalidad la prevalencia del orden jurídico mediante un aprendizaje pedagógico-social dirigido a la reafirmación del sistema de valores en los que fundamenta la conciencia colectiva. En el ámbito de la justicia juvenil, la pregunta es en qué medida la imposición de una sanción fortalece la interiorización de las normas y, en consecuencia, su acatamiento. Para Beatriz Cruz, existen dos aspectos relativos tanto a la personalidad como al desarrollo moral del autor - puestos de relieve por la psicología evolutiva- que impiden que la sanción penal provoque ese efecto: primero, la argumentación y orientación que los jóvenes efectúan para tomar una decisión obedece, en mayor medida, a inclinaciones y directrices internas, de tal modo que los adolescentes no deducen positivamente la vigencia de la norma a partir de su aplicación; segundo, según la autora, diversas investigaciones relativas al desarrollo moral

⁶⁹ FEUERBACH. Tratado de derecho penal. Traducido Zaffaroni/ Hagemeyer, Buenos Aires, 1989. Pág. 14.

⁷⁰ CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz. Ob. Cit. Pág. 37.

de NNA , reflejan que éste se logra mediante un proceso propio en interacción con su entorno social, y no por medio de la imposición unilateral de normas y reglas de conducta. Agrega, que este proceso se asocia a instancias de control informal, con agentes más próximos en su proceso de evolución a la adultez que influyen decisivamente en la interiorización autónoma de normas y en su desarrollo moral⁷¹.

En cuanto a los fines preventivos especiales en la sanción penal juvenil, la teoría de la prevención especial concibe a la pena como instrumento de reinserción social⁷². Contener al hechor de la comisión de nuevos delitos puede efectuarse de dos maneras: el efecto preventivo puede tener lugar, ya sea impidiendo con fuerza física, sea persuadiéndolo o llevándolo a condiciones tales que se abstenga de ello⁷³. La primera, denominada prevención especial negativa, otorga a la intimidación e incluso a la amenaza o aun al miedo, un papel protagonista en el rol de abstinencia del sujeto frente a la comisión de delitos. Ostensiblemente, el principio educativo no puede servir como criterio orientador de sanciones cuyo fin se relaciona con prevención mediante la intimidación. La prevención especial positiva, por el contrario, concibe la resocialización del delincuente como fundamento y fin de la pena; el condenado tendrá un tratamiento orientado a su reintegración en la sociedad, con un horizonte conforme a la norma, libre de la comisión de nuevos delitos. Se alega contra la prevención especial los escasos efectos prácticos que logra a través de las penas, frente a los perjudiciales efectos negativos que provoca la estigmatización para el delincuente en su vida ulterior⁷⁴. Efectos que en el derecho penal juvenil son aún más nocivos tomando en cuenta que los sujetos involucrados son adolescentes. Otra objeción a la prevención especial positiva es la imposibilidad de establecer con certeza, *ex ante*, límites a la intervención de la autoridad. Sin embargo, excluir la prevención especial positiva, significa contemplar la sanción, exclusivamente, como instrumento para proteger bienes jurídicos relevantes, es decir, sólo estaría enfocada en un fin preventivo general. En este aspecto, la prevención especial positiva, en la medida que la pena constituye la *ultima ratio* por parte del Estado, resulta útil para limitar los efectos negativos del castigo: cuando existe los presupuestos para imponer una pena, en su

⁷¹ *Ibidem*. Pág. 49.

⁷² Von Listz, importante representante de esta tendencia resumía su punto de vista así: 1. Corrección de los delincuentes capaces y deseosos de ser corregidos. 2. Intimidación de los delincuentes que no quieren ser corregidos. 3. Neutralización de los delincuentes incapaces de ser corregidos. Citado en: POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, Cecilia. Lecciones de derecho penal chileno: parte general. Editorial Jurídica de Chile. Santiago-Chile, 2004. Pág. 63.

⁷³ *Ibidem*. Pág. 63.

⁷⁴ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, Cecilia. Ob. Cit. Pág. 63.

fase de ejecución, la prevención especial positiva aminora o evita los consecuentes efectos negativos mediante su injerencia socializadora en el condenado.

En tal sentido, Beatriz Cruz, señala que el principio educativo redefine la idea de prevención especial en dos direcciones: por un lado, es inconcebible una concepción educativa de carácter autoritaria e intimidatoria, pues es contraria al respeto a la autonomía del adolescente y a una educación plural y democrática; por el otro, flexibiliza el concepto de resocialización, valorando su efectividad real plasmada en las positivas consecuencias que se desprenden de concebir la sanción en términos educativos. Ambos aspectos, continúa la autora, se encuentran íntimamente ligados con la mayor viabilidad de resocialización del joven, en virtud de que se encuentran aún en proceso de desarrollo de la personalidad, siendo más influenciables y receptivos⁷⁵.

El problema de determinar a qué fines responde la sanción penal juvenil debe enfocarse desde la óptica del modelo de responsabilidad; se parte de la premisa que el modelo tutelar fue superado y que al adolescente se le concibe como sujeto de derecho. Luego, hay que tomar en cuenta dos consideraciones: primero, cumplida cierta edad los adolescentes, demostrada su culpabilidad, son responsables; segundo, las condiciones individuales de los sujetos normados deben ser tomadas en cuenta. Así, la exigencia de justicia por parte de la sociedad en su conjunto y las peculiaridades del infractor, obligan a la combinación de fines preventivo-generales y especiales en las sanciones juveniles. Síntesis que se aproxima a lo planteado por Roxin respecto a las teorías unificadoras de la pena; asumen la necesidad de protección de bienes jurídicos mediante la conminación de las penas, procurando oportunidades de resocialización en su ejecución⁷⁶.

Con todo, la especificidad del modelo de responsabilidad penal adolescente está en la sanción, en comparación con el derecho penal de los adultos. Carlos Tiffer, arguye que de esto se desprende la importancia de orientar la sanción penal juvenil con fines de prevención especial positiva; pues, su etapa de desarrollo requiere de sanciones que incidan positivamente al momento de imponer una sanción. Así, el principio educativo, se erige como el fin primordial de las sanciones penales juveniles. El autor señala que

⁷⁵ CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz. Ob. Cit. Pág. 57.

⁷⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Editorial Civitas, Madrid, 1997. Pág. 19. Citado por: TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. Pág. 19.

definiendo el principio se corre el riesgo de limitar su contenido; pese a ello, para efectos explicativos, propone la siguiente definición: “son todas aquellas estrategias o programas, públicos o privados, en el Estado Democrático, que al momento de la imposición de una sanción penal juvenil, como durante su ejecución, se consideran para apartar al adolescente del delito y fomentar la responsabilidad de sus actos frente a terceros. Se trata de educarlo en la responsabilidad”⁷⁷. Con esta aproximación, el principio educativo, se dirige a escindir claramente el derecho penal de los adultos del adolescente en cuanto a sus fines; principio que debe estar presente durante todo el proceso penal juvenil, aun en la elaboración de políticas públicas. Sin embargo, se le impide influir en la subjetividad del infractor, pues constituiría una infracción a su autonomía y dignidad. Finalmente, permite limitar la ejecución de las sanciones.

Hasta el momento evitamos interpretar la sanción en clave retribucionista debido a que la gran mayoría de los autores lo descarta. Pese a ello, Jonatan Valenzuela, reconstruye la pena juvenil desde una teoría retributiva. En primer lugar, manifiesta que son incompatibles las pretensiones educativas y sancionadoras en el nivel de fundamentación de la imposición de la pena. La razón, una teoría educativa del derecho penal, carga con la imposición de instruir al autor del delito de que lo realizado se encuentra mal. Sin embargo, esta no es una razón que fundamente la pena; pues, ésta se impone en virtud de un argumento retributivo⁷⁸. Así, la práctica punitiva no puede justificarse mediante la educación, pues la pena es un mal, un castigo diseñado para reprochar una conducta, por ello debe descartarse la variable utilitaria. En cambio, la imposición de la pena admite la variable educativa: la pena en sí no es conciliable con argumentos educativos que la legitimen; pero, dentro del juicio de reproche –no como finalidad *per se*– existe la posibilidad de incluir variables educativas de carácter preventivo que otorguen un mensaje con carga moral al autor. Entonces, la “pena juvenil” no constituye una “pena educativa”, se trata de una distinción a nivel de su fundamentación que describe a una pena que se diferencia de la que se impone a los adultos. En otros términos, la pena juvenil desde una óptica retributiva es un mal, que trunca la posibilidad de encontrar fundamentos en la educación; no obstante, ésta puede ser considerada al momento de describir el acto externamente. Descrita retributivamente, la pena juvenil, en tanto su imposición se

⁷⁷ *Ibidem*. Pág. 20.

⁷⁸ VALENZUELA, Jonathan. La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil. *Revista de Estudios de la Justicia* (Nº11), 2009. Pág. 250.

diferencia de la impuesta a los adultos, se caracteriza por tres aspectos: una especial culpabilidad, la consideración de un particular “impacto punitivo”, y una determinada “tolerancia”⁷⁹.

El castigo como medio de afectación de derechos fundamentales debe ser justificado; finalidad que concede legítimamente la atribución de imponer normativamente una forma de evidenciar el juicio de reproche al Estado. En tanto *ultima ratio* las teorías relativas al fin de la pena devienen en imprescindibles, aún más si los receptores de la norma son adolescentes. Conteste la doctrina en el contenido preventivo especial positivo del fin educativo, la unanimidad se difuma cuando hay que conciliar la sanción en su faz preventivo general en tanto forma de ejercer justicia. Esta conciliación de fines preventivos generales y especiales permite arribar al cómo se visualiza la justicia juvenil. Incipientes justificaciones en un entramado teórico que responde a exigencias de humanizar un sistema que huye de su antecedente próximo, el modelo tutelar. En cualquier caso, la pena implica sufrimiento, pues, en términos epistémicos, la construcción conceptual de la pena implica irrogar un daño legitimado a otro, de ahí la complejidad de buscar en el concepto finalidades utilitarias en tanto es estructuralmente contradictorio. La vacuidad del ejercicio difiere de encontrar finalidades utilitarias en las consecuencias producidas por el mal producido, por ejemplo, en la ejecución. Interesante óptica la retributiva en la medida de que no busca conciliar fines –al modo de las teorías unificadoras o integradoras–; reconoce, en cambio, lo dañino de la sanción en sí, distinguiendo los fundamentos comunicativos de la norma de las consecuencias externas. Sin embargo, asume el imperativo de distinguir penas adultas de adolescentes. La obligatoria distinción, entre otras cosas, fija un punto de encuentro entre justificaciones preventivas y retributivas; distinguir la justicia de adultos de la adolescente exige enfatizar en el encuentro de razones legítimas para aplicar la justicia penal en sujetos que no gozan

⁷⁹ Especial culpabilidad porque: “se designa una propiedad del autor de una infracción a la norma penal, se relaciona el estado actual del sujeto con el advenimiento probable de la culpabilidad en la edad adulta. Es una culpabilidad en tránsito”. En cuanto al impacto punitivo: “los intereses del adolescente son intereses en formación, intereses que constituyen la base para configurar su personalidad en el momento de alcanzar la mayoría de edad. La punición es más onerosa frente a estos intereses, porque los mismos son más débiles que los intereses que pueden atribuirse a una persona adulta”. La determinada tolerancia se estructura en torno a tres rasgos: “primero, la tolerancia debe fundarse en la necesidad de dotar a la juventud de un espacio de vida autónoma, que permita su error en tanto se encuentra en formación la personalidad del sujeto. Segundo, la tolerancia debe ser una idea disponible para la generalidad de los jóvenes [...] Tercero, y más complejo, la tolerancia es temporal. La tolerancia no puede ser comprendida como un todo o nada. Al contrario, debe ser gradual. Se debe ser más tolerante con el que se encuentra más lejos de la mayoría de edad y menos con quien es casi un adulto”. *Ibidem*. Pág. 259.

de capacidades plenas de participación en la sociedad. El estadio argumentativo se eleva y la *ultima ratio* debe ser doblemente legitimada. Inmediatamente surge la interrogante de si es epistemológica y metodológicamente correcto iniciar un proceso argumentativo desde el plano del que se busca distinción, el adulto. La sanción, como dijimos, es la característica fundamental del modelo de responsabilidad, pero, para esbozar una superación del modelo tutelar ¿basta con señalar la existencia de la sanción? ¿Buscar argumentaciones preventivas reflejan esta superación? El punto será tratado en detalle en el tercer capítulo del trabajo.

A su vez, y pese a las discrepancias, las construcciones preventivas y retributivas de la sanción coinciden en que la pretensión educativa en la sanción adolescente se justifica en el particular período de desarrollo en el que se encuentran. Aquí el principio educativo adquiere un cariz de ejemplar forma de reflejar la distinción respecto a la justicia penal de adultos, cumpliendo con el mencionado principio de especialidad. Una perspectiva educativa como finalidad de la sanción –sea justificación *a priori* o *a posteriori*, en cuanto a su construcción teórica o a sus consecuencias- no puede plantearse sin entregar razones que la legitimen; en virtud de las suspicacias que despierta la inclusión del concepto educación debido a la similitud de lo planteado por el modelo tutelar. La razón, según la mayoría de los autores, la adolescencia es un periodo que permite una recepción más acabada de la norma debido a la mayor incidencia que se puede tener en los jóvenes por estar en una etapa en que la personalidad se encuentra en desarrollo. El capítulo dos se avocará, exclusivamente, a desentrañar lo postulado por diversas investigaciones relativas a la adolescencia, para determinar el real potencial educativo de la sanción y si se justifica o no su pretensión.

3.4.- El principio educativo en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente N° 20.084.

La Ley N° 20.084 entró en vigencia en junio del año 2007, implementando el sistema de justicia penal para adolescentes que rige en la actualidad. La pretensión era abandonar el “modelo clásico” basado en un estudio previo al juzgamiento penal, en que se analizaba casuísticamente las facultades de autodeterminación del joven. Adecuar el estatuto jurídico, la institucionalidad y las políticas públicas del país a los derechos, principios y líneas de acción emanadas de la CDN, fue su principal objetivo. El sistema anterior, junto con desconocer la calidad de sujetos de derecho a los adolescentes, se

consideraba ineficaz desde el punto de vista de los objetivos de prevención perseguidos por la justicia penal⁸⁰. Con la orientación de la CDN se buscó la implementación de un sistema que, por un lado, respondiera a la necesidad de justicia y, por el otro, que reconociera las particularidades de los infractores otorgando y reforzando las garantías que detentan los adultos infractores de la ley penal; un sistema normativo en que fines preventivos generales y especiales confluyeran satisfactoriamente, representados por los conceptos de responsabilidad y reinserción social. Asimismo, el interés superior del niño y el principio de especialidad reconocidos ampliamente en el contexto internacional y recogidos por la ley, exigen cumplir con la satisfacción de las necesidades del adolescente con el fin de lograr su reinserción social mediante un catálogo de normas que, respetando sus derechos y garantías, permitan cumplir con los fines preventivos generales y los especiales.

Como dijimos, la sanción se erige como el eje que configura el modelo de responsabilidad penal especial para adolescentes; sanción que representa la superación del paradigma paternalista del modelo tutelar. Con todo, determinar una pena –en este caso, sanción- requiere, *a priori*, fijar criterios que orienten la decisión del juez al momento de fijar las circunstancias y factores que influyen o no en su determinación, proceso que suele ser designado como individualización de la pena. En esta tarea adquiere gran importancia la función otorgada a la pena en sus diversas fases: conminación abstracta, imposición judicial y ejecución administrativa. Así, cuando el juez determine la sanción respectiva, deberá aplicar los criterios vertidos en la ley en cuyo proceso de interpretación será auxiliado con la función asignada a ella⁸¹. Es decir, en el proceso de individualización de una sanción, será de absoluta relevancia la función que se le haya otorgado.

De esta forma, el principio educativo, sirve como ayuda hermenéutica al juez para individualizar una sanción; el principio opera como criterio contenedor de los fines de la sanción, orientando la tarea interpretativa del juez al imponer una sanción. En este sentido, su fin fundamental se encuentra establecido en el artículo 20 de la Ley de responsabilidad penal adolescente (en adelante LRPA): “Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los

⁸⁰ Se consideraba “atípico en el derecho comparado, híbrido en relación a su orientación teórica y, como se expresó, ineficaz desde el punto de vista de los objetivos de prevención que persigue el sistema de justicia penal”. Mensaje de la Ley n° 20.084, de fecha 2 de agosto de 2002, dirigido por el ex presidente Ricardo Lagos Escobar a la Honorable Cámara de Diputados.

⁸¹ HORVITZ LENNON, María Inés. Determinación de las sanciones en la Ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable. Revista de Estudios de la Justicia (N° 7), 2006. Pág. 101.

hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forma parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”. En suma, el artículo 44, del mismo cuerpo legal, señala: “La ejecución de las sanciones privativas de libertad estará dirigida a la reintegración del adolescente al medio libre”. De acuerdo con ambos artículos, la ley asume el carácter sancionatorio de las penas; pese a las posibles críticas, desde una perspectiva de los fines de la pena, ésta se reconoce como un mal impuesto a sujetos responsables, sin esconder su carácter tras medidas ilimitadas en el tiempo que, supuestamente, velaban por el bienestar del adolescente, al estilo del modelo tutelar.

Sin entrar detalladamente en la determinación de la pena –que por su extensión excede a este trabajo-, los fines de la pena sirven para auxiliar al juez en su labor hermenéutica al momento de evaluar los criterios concernientes para la fijación de una sanción. En esta medida, el inciso 2º del artículo 25 de la LRPA⁸², establece expresamente la importancia hermenéutica del artículo 20 en la labor del juez. La cuestión más relevante, en términos prácticos, del principio educativo, es servir de herramienta orientadora en la labor de individualización de la pena. Por un lado, permite conciliar la diversidad de intereses contrapuestos -autor, víctima y sociedad interesada en la confirmación de las normas-, pues para arribar a una solución satisfactoria y adecuada, el juez debe argumentar su decisión conforme a principios y reglas racionalmente fundados⁸³. Por otro lado, confirma a la pretensión educativa como un aspecto medular en el modelo adoptado por la LRPA: en tanto sujetos de derecho, el modelo de justicia juvenil se justifica en la responsabilidad reconocida en los adolescentes; la sanción constituye la materialización en su contra de una infracción, sanción que debe ser determinada en base a criterios expresados en la ley para cuya individualización el principio educativo es requisito *sine qua non* al momento de interpretar aquellos criterios.

Así, queda de manifiesto la presencia del principio educativo en el artículo 20 LRPA que, desde una perspectiva preventiva especial positiva, enfatiza los fines de

⁸² Artículo 25 LRPA. - Imposición conjunta de una pena. En las situaciones regladas en los numerales 3 y 4 del artículo 23, el tribunal podrá imponer conjuntamente dos de las penas que las mismas reglas señalan, siempre que la naturaleza de éstas permita su cumplimiento simultáneo.

Lo dispuesto en el inciso precedente tendrá lugar sólo cuando ello permita el mejor cumplimiento de las finalidades de las sanciones de esta ley expresadas en el artículo 20 y así se consigne circunstanciadamente en resolución fundada.

⁸³ HORVITZ LENNON, María Inés. Ob. Cit. Pág. 101.

integración social y el carácter socioeducativo de las intervenciones⁸⁴. De acuerdo con lo anterior, la resocialización constituye una finalidad de las sanciones juveniles. Por ella se entiende –en clave de prevención especial- una intervención individual sobre el infractor destinada a prevenir la reincidencia. En el marco de esta prevención, se consideran tres vías para ello: inocuización o aseguramiento del delincuente incorregible, la intimidación del delincuente ocasional y la corrección, resocialización o socialización, del delincuente corregible⁸⁵. La última variante se asemeja considerablemente a lo expresado por el artículo 20 LRPA como finalidad de las sanciones: forma parte de una intervención socioeducativa amplia orientada a la plena integración social. En este sentido, el fin preventivo especial positivo, expresado en la reinserción, es el fin último de la sanción penal juvenil.

La prevención especial no pone acento en la retribución del hecho delictuoso, por el contrario, la pena se justifica en la prevención de nuevos delitos mediante la entrega de herramientas tendientes a actuar sobre el infractor para que éste se ajuste a las normas de convivencia social en una comunidad organizada. Múltiples críticas se han efectuado a esta teoría: falta de medición de la pena en relación con su tratamiento, indeterminación conceptual de lo que es considerado socialmente aceptable, fracaso empírico y su carácter desocializador. Aun en su argumentación teórica ha sido cuestionada; no gozaría de la idoneidad para justificar el derecho penal, en la medida que no logra argumentar la necesidad de la pena ante la inexistencia del peligro de reincidencia⁸⁶. Críticas que se tornan más gravosas en un contexto en que, justamente, la idea de interferir benéficamente sobre la conducta de los infractores llevó a la imposición de medidas ilimitadas en el tiempo, sin garantías y altamente perniciosas para los adolescentes. Pese a las críticas, el ideal resocializador se encuentra vigente en nuestra LRPA debido a que la CDN lo consagra como finalidad de las sanciones.

Responsabilizar a los adolescentes por hechos constitutivos de delito mediante una sanción que intervenga socio educativamente, convierte al fin educacional en el principal motivo del modelo de responsabilidad vertido en la LRPA. Sin embargo, Cillero, señala que la redacción del artículo 20 es confusa, en cuanto pareciera que busca la reinserción a

⁸⁴ BERRIOS, Gonzalo. El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes. Ob. Cit. Pág.

⁸⁵ ROXIN, Clauss. Ob. Cit. Pág. 85.

⁸⁶ ROXIN, Clauss. Problemas básicos del Derecho Penal. Sentido y límites de la pena estatal. Editorial Reuss, Madrid, 1976. Pág. 15.

través de la pena, o sea que ésta se justifica, exclusivamente, por la necesidad de resocializar⁸⁷. Suspicias que se diluyen si la responsabilidad se materializa en medidas proporcionales al hecho concreto y que, además, deben ser adecuadas al adolescente en particular. Lo contrario sería justificar la intromisión estatal en la subjetividad de los infractores a través de la sanción, una especie de control social. Con una sanción educativa o social educativa, como señala la norma en comento, sin un criterio de orientación claro se corre el riesgo de entrar en el difuso campo de la indeterminación sobre qué es considerado una adecuada o idónea intervención. El principio educativo como una dirección parcial del comportamiento, en términos de Couso, con una permanencia constante en el proceso de imposición de la sanción, según Tiffer, debiese orientar y limitar la amplitud de la intervención a un marco que evite entrar en el campo de la autonomía del infractor.

3.4.1.- Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084⁸⁸.

Pese al avance significativo que representó la promulgación de la LRPA el año 2007 por la superación, más o menos exitosa, del anquilosado modelo tutelar, con los años de aplicación fue evidenciando una serie de deficiencias teóricas y técnicas. Luego de un sinnúmero de discusiones académicas, legislativas y técnicas, de investigaciones y recomendaciones; fue la crisis del Sistema Nacional de Menores, la que colmó los ánimos y enarboló, nuevamente, los cuestionamientos a la institucionalidad vigente relativa a la niñez-adolescencia. En este contexto se elaboró, mediante mensaje presidencial, el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil (en adelante el servicio) que, entre otras cosas, viene a reemplazar al Servicio Nacional de Menores (SENAME). Paralelamente, se efectúan sendas modificaciones a la LRPA que pretenden paliar deficiencias de diversa índole presentes en la ley. El servicio, por un lado, y las modificaciones, por el otro, buscan un mayor cumplimiento de las disposiciones prescritas en la CDN, para dar cuenta de los objetivos preventivos y de justicia que persigue el

⁸⁷ CILLERO, Miguel. Consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad en la determinación de las sanciones en el Derecho Penal de Adolescentes chileno. Unidad de Defensa penal juvenil, Defensoría penal pública. Documento de Trabajo N° 13, Abril, 2008. Pág. 37.

⁸⁸ Proyecto de ley, iniciado en mensaje de S.E la Presidenta de la República, que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica (Boletín N° 11.174-07).

sistema de responsabilidad penal adolescente. En el presente apartado nos abocaremos a la tarea de exponer, brevemente, los principales aspectos del proyecto vinculados al motivo central de presente trabajo, el principio educativo.

La insuficiencia de la LRPA para alcanzar los objetivos pretendidos en sus inicios, llevó a cuestionar la eficacia de la misma en términos de prevención y reinserción. En ese sentido, el proyecto se fundamenta en la necesidad de modificar el diseño administrativo para cumplir con los fines de la justicia penal adolescente. Previene que el cambio de paradigma precisa de los recursos humanos y materiales necesarios que, en la práctica, sustenten un nuevo “modelo de intervención” guiado por un diseño planificado que guíe los procesos de cumplimiento y progresión de las sanciones. Con miras al cumplimiento de los objetivos antedichos, junto con el financiamiento material y humano respectivo, se plantea la necesidad de crear el Servicio Nacional de Reinserción Nacional, entidad pública especializada, encargada de coordinar, con las demás agencias del Estado el proceso de reinserción social de cada adolescente infractor. Así, se propone un modelo único de intervención, que establezca objetivos y estrategias de acción para todos los ejecutores, que faciliten la evaluación de su efectividad en el cumplimiento. En este sentido, el proyecto señala expresamente que el modelo de intervención comprende a la conducta infractora desde una postura teórica de criminología evolutiva y del ciclo vital. En otros términos, la delincuencia juvenil se entiende como una trayectoria vital que debe comprenderse y tratarse en forma especializada con miras a la promoción del desarrollo del capital humano y social. De ahí que busque evitar la estandarización de la intervención versus la aplicación de instrumentos y protocolos que aseguren el acompañamiento individualizado que faciliten y sostengan procesos de cambio.

La intervención educativa como medio de reinserción atraviesa todo el proyecto. Lejos de cuestionar la legitimidad en el cumplimiento de la prevención debido a intromisiones que tengan cercanía con una aspiración modificatoria de la conducta, ésta asumida expresamente por el artículo 2º relativo al objeto del servicio: “ El Servicio es la entidad especializada responsable de administrar y ejecutar las medidas y sanciones contempladas por la ley N° 20.084, mediante el desarrollo de programas que contribuyan a la modificación de la conducta delictiva y la integración social de los jóvenes sujetos de su atención y la implementación de políticas de carácter intersectorial en la materia”. Luego, en las funciones del servicio, la letra d) del artículo 7º, establece que “Corresponderá al

Servicio: letra d) Coordinar con los órganos de la administración del Estado competentes la elaboración y ejecución de planes, estrategias y programas relacionados con reinserción, rehabilitación e intervenciones socioeducativas orientadas a la integración social de los jóvenes sujetos a la ley N° 20.084, y colaborar con sus autoridades en la elaboración de políticas cuando corresponda”. Como vemos, el ideal resocializador se mantiene. Igualmente, la asociación entre sanción y educación es percibida como un aspecto medular en la tarea de modificación conductual. La nomenclatura no ha sufrido modificaciones y se acentúa el prefijo “re”, ya sea como negación o repetición, lo que ya ha sido ampliamente criticado por la doctrina en cuanto resulta contradictorio con el respeto por la autonomía del adolescente.

Si bien no se modifica el artículo 20 de la LRPA, su importancia se reafirma en el proyecto al señalar en el artículo 19 que el modelo de intervención se abocará al cumplimiento de los objetivos dispuestos por el artículo 20 de la ley N° 20.084. En suma, el artículo 20 del proyecto señala que toda intervención “deberá centrarse en el joven sujeto de atención del Servicio, orientándose a la satisfacción de los fines descritos en el artículo 20 de la ley N° 20.084”.

Por otro lado, la letra b) del número 9) artículo 40, en lo relativo a las modificaciones que corresponden a la LRPA, plantea la modificación del artículo 16, de tal manera que se sustituyan las expresiones “reinserción social” por “actividades socioeducativas intensas”. Esto último se refiere a la modificación propuesta por el proyecto en cuanto a cambiar la sanción de “internación en régimen semicerrado” por “libertad asistida especial con reclusión parcial”. Tanto la internación en régimen cerrado como la internación en régimen semicerrado llevan aparejado un programa de reinserción social; considerando que el proyecto termina con la segunda, proponiendo la “libertad asistida especial con reclusión parcial”, el programa de reinserción social concomitante se sustituye por “actividades socioeducativas intensas”. Aún es muy pronto para aventurar las implicancias de esta modificación, pero del cambio conceptual en el programa se colige la importancia que se le otorga a las medidas socioeducativas en el proyecto.

De esta forma, es claro que reafirma la perspectiva preventiva especial positiva de la LRPA, al enfatizar en los fines de integración social y el carácter socioeducativo de la intervención. En nuestra opinión, la LRPA mantiene, veladamente, consistentes lazos con

la ideología tutelar, pese a preconizar su superación, evidenciado en cuestiones tales como la idea de que la justicia adolescente asuma tareas que corresponden a la sociedad en su conjunto como la promoción social, por ejemplo. El riesgo de las intervenciones socioeducativas está en la vaguedad de sus límites y en la posibilidad latente de transgredir la esfera de autonomía y subjetividad de adolescentes infractores de ley. Sin embargo, aquellos autores que argumentan a favor de la presencia del principio educativo en el sistema de justicia penal adolescente, precisamente, señalan que éste permite atajar la intervención cuando ésta pretenda inmiscuirse en garantías propias de su calidad de sujetos de derechos. Con todo, el proyecto desvela la pretensión reformadora de la LRPA y, expresamente, se refiere a ella en su artículo 2°. A su vez, progresivamente el proyecto comienza a cambiar la expresión resocialización por intervención socioeducativa; el cambio en la expresión responde acertadamente al fondo del concepto y lo modifica, pues, el prefijo “re” implica realizar algo que ha sido negado o que carece de, por tanto, habría que concederles a los adolescentes ese algo del cuál carecen: socialización. En términos negativos, el cambio puede ser sólo conceptual y ser, aun más pernicioso; pues, no clarificando qué significa una intervención socioeducativa “intensa”, los límites pueden ser fácilmente traspasados.

Otro aspecto a considerar, sin estar directamente ligado con la intención educativa, es la facultad, del Ministerio Público o la Defensa, de solicitar un informe técnico en cualquier etapa del procedimiento a ser evacuado por el Servicio, prescrita en el artículo 37 bis. Esta facultad se extiende al tribunal, en caso de que ninguna de las partes lo hubiere solicitado. El problema se suscita en el contenido del informe fijado en el inciso segundo del artículo en comento “Dicho informe deberá referirse a los criterios señalados en los incisos segundo y tercer del artículo 24” esto es a los criterios de individualización de la pena, a saber: la gravedad del delito; la calidad en que intervienen el condenado y el grado de ejecución de hecho, entre otros. La facultad permite solicitar el informe en cualquier etapa del procedimiento, permitiendo su revisión por los diversos actores en cada una de ellas. Revisar un informe con antecedentes conductuales del adolescente, puede producir prejuicios en cada uno de los intervinientes, influyendo en la defensa, acusación, incluso en la decisión en cuanto a la sanción. Evidentemente, esto nos lleva a relacionar las implicancias negativas que tendría con uno de los fundamentos de la ideología tutelar, la “situación irregular del menor”.

Sin perjuicio de las críticas, consideramos que varios puntos del proyecto constituyen un avance, fundamentalmente en la especialización del sistema: incorporación de Juzgados de Garantía de adolescentes y salas especializadas en justicia penal adolescente, en los lugares en que no existieren (artículo 29); formación y capacitación de los jueces y funcionarios judiciales (artículo 29 ter); programas especializados (letra c) artículo 7).

El proyecto puede prosperar o no y pese a las buenas intenciones y avances técnicos reconocidos, nos parece complejo que perviva aquel germen de la ideología tutelar representado en la aspiración de modificación conductual. Su subsistencia se arrastra de la necesidad de acomodar la legislación a lo preceptuado por la CDN, instrumento que no tiene porqué ser intocable; por el contrario, es factible cuestionar si es la mejor forma de enfrentar el fenómeno delincencial adolescente. En suma, la CDN, recoge la intención educativa de posturas provenientes de la psicología del desarrollo y evolutiva. Posturas que también son vertidas en el proyecto evidenciando la íntima relación con la CDN y con el ideal resocializador. En este sentido, dentro de los fundamentos del proyecto se lee: “Para la comprensión de la conducta infractora de ley, el modelo propuesto asume una postura teórica de criminología evolutiva y de ciclo vital. Así, la delincuencia juvenil se entiende como un aspecto de la trayectoria vital que debe comprenderse y tratarse en forma especializada con miras a la promoción del desarrollo del capital humano y social”.

Ciertamente, la psicología evolutiva y criminología del ciclo vital están contestes en la ubicuidad de conductas no ajustadas a las normas del ordenamiento jurídico social, negando la posibilidad de inicios de carreras delictivas en virtud de fenómenos aislados y circunstanciales. Aquello cuenta con suficiente acreditación, pero de esta afirmación se puede derivar, como consecuencia, la necesidad de la sanción como herramienta útil en la disminución de la delincuencia.

Apuntalar la necesidad del principio educativo, para efectos de limitar el ámbito de la sanción y garantizar la autonomía de los adolescentes, nos merece más de una duda. La presencia del principio educativo no es óbice para que la concepción de la intervención socioeducativa como una herramienta para lograr una plena integración social, sea homologable, en el fondo, con la ideología tutelar; pues, persiste en la idea de suministrar un remedio para la delincuencia por medio de la administración de un castigo que, pese a los cuestionamientos inmediatos, en perspectiva, resulta beneficioso para el joven. Pese a

los constantes intentos por abandonar las expresiones “re”, como re-habilitación, y re-socialización, que sugieren la necesidad de socializar y habilitar para la vida en sociedad y, a su vez, de instar por formas de sanción en contextos des-institucionalizados, el germen de la intervención-modificación del infractor sobrevive y es estimulado por una razón científicista amparada por investigación que platean la eficiencia del castigo –más o menos humanitario- en la tarea de disminuir y prevenir la comisión de hechos delictivos. Indudablemente, estamos ante una perspectiva maximalista de la pena, en donde se sigue confiando en ella como elemento correctivo y preventivo. Sabidos son los cuestionamientos a la idea de mutabilidad de la persona en virtud de una pena, entonces cuál es el motivo de su persistencia. Por un lado, en el sistema de justicia juvenil, la sanción adquiere un cariz pseudo-humanitario, en virtud de la CDN, que otorga un grado mayor de legitimidad a su imposición; por el otro, una serie de estudios señalan que, en tanto la adolescencia es una etapa en que la personalidad se encuentra en desarrollo, las medidas son más aptas para incidir de mejor forma en el comportamiento juvenil. Existiendo el riesgo inmanente en la sanción de transgredir más que reafirmar la autonomía del joven infractor, ¿los estudios son razón suficiente para insistir en el ideal preventivo mediante un sistema que implica suprimir más que alentar? Intuitivamente la respuesta es negativa. Con todo, creemos que no basta con las vastas críticas realizadas a la pena en su afán preventivo, ni con señalar el riesgo permanente de relajar las garantías por la doble militancia de la pena, protección y ayuda v/s seguridad. Preferimos discutir la legitimidad de las razones expuestas. A saber, en el próximo capítulo expondremos los principales argumentos que encuentran en la sanción un potencial educativo.

CAPÍTULO II

SUJETOS EN DESARROLLO Y EL POTENCIAL EDUCATIVO DE LA SANCIÓN

1.- Marco conceptual.

Los conocimientos aportados por la psicología del desarrollo, la criminología y los principios de derecho internacional justifican la exigencia de dar un tratamiento jurídico diferenciado a los adolescentes en materia penal en todas las fases del procedimiento. La adecuación general de la reacción penal a la edad del adolescente, la orientación especial de las sanciones y medidas a su reintegración con una función constructiva en la sociedad, son algunos de los principios reconocidos por la CDN que reflejan la especialidad de la respuesta penal a adolescentes⁸⁹. Asimismo, la LRPA fue concebida como un sistema de responsabilidad penal especial, para los delitos cometidos por adolescentes, cuyo objetivo primordial fue adecuar la normativa a los nuevos requerimientos jurídicos y sociales señalados expresamente por la CDN y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile. Así, tanto la CDN, primero, como la LRPA, después, son herederas de las conclusiones expuestas en diversas investigaciones de las teorías del desarrollo social, en general, y de la psicología del desarrollo en particular que caracterizan a la adolescencia como una etapa en que la personalidad aún no se encuentra definida y que, por tanto, las decisiones, acciones y conductas no puede ser medidas por la misma escala que la de un adulto.

Los tratamientos anteriores a la CDN, la desconsideración de su calidad de sujetos de derechos y la amplitud y vaguedad de la intervención, no obedece exclusivamente a la concepción aislada de jueces y legisladores; por el contrario, la razón imperante destacaba un comportamiento preconcebido en los y las jóvenes. Conductas que para los adultos eran consideradas normales, se negaban a los adolescentes, incluso se les dotaba del carácter suficiente para hacer comparecer a adolescentes ante Tribunales de Menores. Ciertamente, no es de extrañar que con el estadio de desarrollo investigativo de la época se hubiese intervenido un joven por fumar en un espacio público. En su mayoría, tanto la delincuencia como la desviación juvenil se atribuían a la desidia de padres y madres de jóvenes que no conseguían otorgar un rigor moral en su comportamiento, o a factores constitutivos

⁸⁹ COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Ob. Cit. Pág. 269.

asociados a enfermedades de carácter mental, factores hereditarios o a perturbaciones en el desarrollo normal de la personalidad. Así la etiología de la delincuencia juvenil se investigaba en el parentesco y en la constitución mental. Si bien la concepción liberal tanto en aquellos años como en la actualidad rige la administración de justicia en general, la libre elección no se hallaba en el o la adolescente; ésta correspondía a sus progenitores. Pero, si no era atribuible a éstos, se trataba de un problema de estructura mental que explicaba la elección efectuada, distante de los parámetros moralmente aceptados como correctos. De ahí la indefinida intervención en interés de suplir la carestía educativa reflejada en su comportamiento, que iba en supuesto beneficio del adolescente.

Junto con el reconocimiento de la calidad de sujetos de derechos, se produjo el advenimiento de un nuevo paradigma en las investigaciones relacionadas con la infancia y la adolescencia, entre ellas las propuestas por la psicología del desarrollo. Los adolescentes dejan de ser concebidos como continentes de enseñanzas traspasadas generacionalmente. La personalidad ya no es una abstracción que se forma independiente de los procesos desarrollados en el mundo de la vida; se configura en virtud de una serie de confluencias que son especialmente aprehendidas en una etapa de tránsito y conocimiento. Este modelo teórico plantea que la interacción de factores de riesgo y factores protectores en las diferentes etapas evolutivas influye decisivamente en un desarrollo social o antisocial. Una intervención pronta y oportuna, que reduzca los factores de riesgo e incremente los protectores, propicia una disminución de los comportamientos y conductas antisociales y, por consiguiente, de la delincuencia. La identificación de la adolescencia con una etapa en que la personalidad cambia constantemente trae aparejado el consecuente cuestionamiento del grado de responsabilidad que corresponde a los adolescentes en la comisión de hechos constitutivos de delito; pues, el mensaje impreso en la norma no es recibido de igual forma por adultos y adolescentes.

Precisamente, las investigaciones cuya base modular es la psicología del desarrollo plantean que, en tanto la adolescencia es un período de confección de la personalidad, aumentan las probabilidades de lograr un mayor compromiso futuro de los jóvenes con las normas socialmente aceptadas. Evitar la reincidencia, intervenir socio-educativamente y adecuar la sanción a los estándares propios de sujetos en desarrollo, aspectos que conforman gran parte de un plan cuyo objetivo es la prevención de futuros delitos. Pese a las buenas intenciones -que la experiencia enseña a cuestionar- nos merece más de una

duda el entramado dispuesto al alero de estas investigaciones y la CDN. La buena perspectiva que ofrece esta etapa como período proclive a los cambios, contrasta con el medio ofrecido para producirlos: derecho penal. A su vez, proponer modificación conductual mediante una intervención socialmente educativa, supone la pretensión que ese agente, en el futuro, se reste de nuevas infracciones normativas. Esta afirmación, implícitamente, sugiere que a quienes se les impone una sanción penal adolescente, pueden reincidir y, por lo mismo, hay que intervenir; sin embargo, es la misma psicología del desarrollo y la criminología -que emplea sus planteamientos- quienes destacan la ubicuidad de la delincuencia juvenil, por consiguiente, no conlleva, necesariamente, al inicio de una carrera criminal. Más que un intento teórico por aportar en prevención nos parece un intento forzado por humanizar y legitimar una intervención que supera el simple reproche normativo.

Previo a fundamentar una toma de postura, es necesario exponer las características de la sanción desde la perspectiva que le concede legitimidad científica: la psicología del desarrollo y criminología evolutiva. Cumplida la exposición será el turno de analizar el potencial educativo de la sanción y si la posibilidad de lograr cambios conductuales constituye justificación suficiente para plantear un horizonte educador en el derecho penal juvenil.

2.- Aspectos psicológicos y psiquiátricos de la delincuencia juvenil.

Los “locos años 60” así se cataloga a una década llena de convulsiones, rupturas y coyunturas. El radicalismo de los movimientos de liberación femenina, los movimientos por los derechos civiles, la revolución cubana etc., años en que la renovación era constante en un contexto mundial dominado por la velada bipolaridad de la guerra fría. La institucionalidad psiquiátrica no fue la excepción. Michael Foucault (1926-1984), publicó en 1961 *Historia de la locura en la época clásica*, y luego en 1963, *El nacimiento de la clínica*, textos que han repercutido e inspirado enormemente a diversos estudios e investigaciones aun en la actualidad. Junto con la crítica a las técnicas de control psiquiátrico y manicomios, tuvo lugar un camino de reconocimiento y validación de la lógica interna de la locura. En Inglaterra Ronald Laing (1927-1989), fue uno de los fundadores de la casa Kingsley Hall, que acogía principalmente a “esquizofrénicos” y en

Italia Franco Basaglia (1924-1980) se consagraba como el precursor de la “psiquiatría democrática” con el objeto de des-institucionalizar el tratamiento de las alteraciones mentales, el encierro y la medicalización forzada. El 13 de mayo de 1978 se promulgaba la Ley 180, conocida como “Ley Basaglia” que establecía derechos y garantías para las personas con alteraciones del comportamiento.

El paradigma cambió y lo “normal” sufría nuevas definiciones⁹⁰. Este breve recuento de los principales sucesos acaecidos por esos años, ilustra el proceso que llevó a la consagración de un nuevo ordenamiento jurídico internacional que fijara derechos y garantías mínimas en determinadas materias enmarcadas en el concierto del derecho internacional de los derechos humanos. Garantías que incluyeron a los pacientes psiquiátricos en todas sus dimensiones. Las repercusiones no sólo fueron de orden jurídicas, sino que también la base de investigación en psiquiatría y psicología fue modificada y las hipótesis dejaron de ser fundadas, exclusivamente, desde una óptica psicopatológica y psicoanalítica ortodoxa. La delincuencia juvenil fue igualmente alcanzada por la ola reformista: el arribo de la CDN fue el crisol de discusiones, investigaciones y reivindicaciones que por años se tejieron en torno a la infancia. Este proceso devino en la reformulación del punto de partida en cuanto a las investigaciones relacionadas con NNA, su personalidad, recepción de las normas, e infracciones dejaron de ser vistas, exclusivamente, como problemas relacionados con factores constitutivos-orgánicos o por la falta de rigurosidad maternal y paternal en la inculcación de valores considerados correctos. De ahí en más, lo que ya se dijo, los adolescentes son reconocidos íntegramente como personas y sujetos de derechos. Hoy la psicología del desarrollo prima en las explicaciones relativas a los adolescentes, en cuanto a su personalidad y la etiología delincencial; se distinguen etapas de desarrollo, en donde la recepción de las normas difiere una con respecto a la otra.

Para comprender adecuadamente la razón detrás de la implementación de sanciones de carácter educativo en la justicia penal de adolescentes, hay que recurrir, primero, a las investigaciones que sugieren, en la actualidad, su inclusión. Más aún si cuestionamos su real distancia con el antiguo modelo tutelar. Sin embargo, creemos relevante mostrar un

⁹⁰ Interesante resulta advertir que a cada proceso de cambio y convulsiones que se desvíe del normal desarrollo de los acontecimientos, se acostumbra llamar “locos”, al igual que a la década de los 60, los años 20 también recibieron dicha mención

barniz de cómo la psicología y la psiquiatría evaluaban el comportamiento de los adolescentes antes de todo este proceso. De lo contrario, faltaría un importante eslabón en la comprensión de la legitimación teórica de las primeras medidas reformativas en la historia reciente la delincuencia juvenil, que son el prelude de las actuales intervenciones educativas garantizadas por diversos tratados internacionales. Veremos que incluso en la actualidad psicopatología, desviación y delincuencia juvenil están íntimamente relacionadas.

2.1.- Psicopatología y delincuencia juvenil.

Para analizar el fenómeno delincencial juvenil desde la psicología hay que comenzar por clarificar qué se entiende por conducta contraria a las normas, o antisocial. La *conducta antisocial* hace referencia a “aquella diversidad de actos que violan las normas sociales y los derechos de los demás”⁹¹. No obstante, esta definición carece de unanimidad debido a la ambigüedad de lo que se entiende por antisocial. El contexto sociocultural determina, en gran medida, la conducta; no habiendo criterios objetivos para determinar qué es antisocial que estén libres de juicios subjetivos acerca de lo estimado, por la generalidad, como socialmente apropiado. Pese a los ingentes esfuerzos por unificar criterios, la amplia gama de investigaciones sigue sin lograr aunar metodologías ofreciendo distintas aproximaciones al tema. Mientras en sociología se habla comúnmente de *conducta desviada* o *desviación*⁹², en materia jurídica se trata de *delincuencia juvenil*. El primero, a grosso modo, consiste en conductas, ideas o atributos que ofenden a los miembros de la sociedad; el segundo, implica una designación legal basada normalmente en el contacto oficial con la justicia. Pese a las definiciones, ambos conceptos son relativos: no existen conductas inherentemente desviadas, y las definiciones y tratamientos legales responden a distintos factores según el contexto. En psicología el panorama es similar, se conceptualiza como *trastorno de conducta* aludiendo a una conducta antisocial clínicamente grave en que el comportamiento del individuo está alterado; sin embargo, el criterio de lo que es alteración del comportamiento también ha sufrido una serie de modificaciones en el devenir de las investigaciones psicológicas y psiquiátricas.

⁹¹ FERNÁNDEZ, De la Peña, María Elena. Memoria para optar al grado de doctor. Conducta antisocial en adolescentes: factores de riesgo y de protección. Universidad complutense de Madrid, Facultad de psicología. Madrid, 2010. Pág. 13.

⁹² DAVID, R. Pedro. Sociología criminal juvenil. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1968. Pág. 28.

Tanto la psicología como la psiquiatría han jugado un rol fundamental en la determinación de los medios idóneos de intervención para las conductas consideradas trastornadas. En la delincuencia juvenil su relevancia es aún mayor: previo al arribo del modelo de responsabilidad, la línea entre actos constitutivos de delitos y aquellos reprochables socialmente era muy tenue, atiborrando, Tribunales de Menores con causas que carecían de una forma clara de ser abordados. El Juez de Menores actuaba como un padre y consejero, cuya tarea consistía en investigar la personalidad del acusado, antes que juzgar su contravención, destinando al joven a una escuela de reeducación o a la denominada colocación extrafamiliar⁹³. En Chile, el examen de discernimiento cumplía una función similar en tanto pretendía establecer la capacidad del adolescente para comprender el alcance de sus actos.

Antes del inicio del insoslayable cúmulo de críticas que cayeron sobre los tratamientos psiquiátricos, la opinión de la psiquiatría se requería para cualquier tipo de tratamiento sobre la conducta de las personas. El poder logrado por el gremio les otorgaba el sostén suficiente para investigar y poner en práctica tratamientos que ahora siquiera serían pensados. Como saber dominante, constituían la razón suficiente para poner en práctica sus designios, pese a la poca o escasa evidencia científica que los respaldara.

En este sentido, “el 13 de agosto de 1948 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas recomendó al Secretario General que reuniera un comité de expertos que asesorara al Secretario General y a la Comisión de Asuntos Sociales sobre los medios y arbitrios de formular un programa adecuado para:

- (a) El estudio, sobre una base internacional, de la prevención del delito y del tratamiento de los delincuentes (juveniles); y
- (b) La adopción de medidas internacionales en este campo”⁹⁴.

La preocupación por la delincuencia juvenil llevó a solicitar la elaboración de un informe que ofreciera métodos preventivos eficaces. Solicitaron la participación de la Organización Mundial de la Salud y, como consecuencia de todo esto el año 1949, en

⁹³ DE PIERRIS, Carlos Alberto. Delincuencia Juvenil. Bibliográfica Omega, Editores-Obreros. Buenos Aires, 1963. Pág. 141.

⁹⁴ BOVET, Lucien. Aspectos Psiquiátricos de la delincuencia juvenil. Estudio preparado para la Organización Mundial de la Salud como contribución al programa de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes. Oficina Sanitaria Panamericana. Washington, 1954. Pág. 7.

Ginebra, se celebró una reunión del Comité de Expertos en Higiene Mental, para coordinar la elaboración del informe sobre los aspectos psiquiátricos de la etiología, prevención y tratamiento de la delincuencia juvenil. Si actualmente denominar el comportamiento de adolescentes infractores de ley carece de unanimidad científica, en aquellos años con mayor razón; sin embargo, tanto psicólogos como psiquiatras estaban contestes en que la delincuencia no es otra cosa que uno de los muchos aspectos de ese impreciso concepto llamado inadaptación social. Concepto que en virtud de su imprecisión los profesionales de salud mental fueron considerados los exclusivos profesionales con las competencias suficientes para clarificar conceptos y allanar el camino para encontrar soluciones.

El psicoanálisis ortodoxo era empleado para explicar la personalidad en su conjunto y la conducta como reflejo de ella. A grandes rasgos, señalaban que el denominado “suelo” biológico de un individuo no sólo contiene elementos hereditarios y constitucionales, sino que también el residuo acumulado de las numerosas experiencias físicas y psicológicas de la vida. Si bien en cada sujeto existen inclinaciones antisociales, hay quienes desarrollan menos defensas para evitar que los impulsos se manifiesten por lo menos en su forma primitiva. Según el informe, la mayor o menor contención de los impulsos antisociales depende del juego psicoanalítico entre *yo*, *ello* y *superyó*⁹⁵. Sin entrar detalladamente en su caracterización, los postulados freudianos plantean que la personalidad se configura por la tensión entre el *principio del placer* propio del *ello* que exige satisfacción en la primera infancia; el *principio de la realidad*, mediante el cual opera el *yo* que trata de encontrar una manera de gratificar al *ello*, mientras sigue considerando la realidad; y, el *super yo*, que opera mediante el principio de la perfección. Este último representa los valores que los padres y otros componentes de la sociedad comunican al niño como ideales. El *super yo*, procura que el niño interiorice los conceptos de bueno y malo, propiciando la capacidad de controlar su conducta en virtud de criterios propios que le faculen para definir si ésta es calificada como buena o mala. La conformación del *super yo* se gesta por el *yo* ideal (el “deber” por el cual se nos aprueba, al cual aspiramos y del cual nos sentimos orgullosos), y la conciencia (“lo que no debemos hacer”, aquello por lo que somos castigados y por lo que nos castigamos a nosotros mismos a través del sentimiento de culpa)⁹⁶. El conflicto en el sentimiento de culpa traduciría, el choque entre el *yo* que cede ante los deseos incestuosos -producidos por el *complejo de Edipo*- cumplidos simbólicamente a través de

⁹⁵ BOVET, Lucien. Aspectos Psiquiátricos de la delincuencia juvenil. Ob. CIT. Pág. 16.

⁹⁶ PAPALIA, E., Diane y OLDS, WENDKOS, Sally. Psicología. McGRAW-HILL. México, 1988. Pág. 509.

una conducta antisocial, delictual, etc., y las restricciones del *super yo* que acusa y tortura al sujeto por sus desaprobadas intenciones, exigiendo el castigo en compensación. La punición obraría como un poderoso factor de liberación de altas tensiones angustiosas.

El enfoque psicoanalítico era base para toda investigación de la personalidad. En el apartado relativo a la etiología de la delincuencia juvenil, se incluyen diversos factores que son analizados en virtud de su mayor o menor incidencia en la conducta antisocial: factores sociológicos, somáticos y constitucionales (personalidades psicopáticas constitucionales, deficiencia mental, enfermedades y defectos orgánicos), perturbaciones en el desarrollo de la personalidad, entre otros. Ser exhaustivo en su revisión extendería innecesariamente el presente trabajo, no siendo su objetivo primordial, sí es relevante señalar que unos y otros factores influirían en mayor o menor medida dependiendo de cuán desarrollado estuviese el *superyó* del individuo. Es decir, una personalidad sanamente desarrollada no debiese recurrir a comportamientos antisociales para acallar los impulsos provenientes del *ello*. El informe concluye que la delincuencia se trata de un “fenómeno bio-psico-social” y su profilaxis dependerá de un acertado diagnóstico entre estadio de desarrollo de la personalidad y reconocimiento de los principales factores que han influido en su afianzamiento. Entonces una prevención eficaz de la delincuencia juvenil dependerá, en gran medida, del diagnóstico, que incluye la consideración de los factores hereditarios (constitutivos) y ambientales (psicogénicos), para establecer las medidas educativas apropiadas al adolescente⁹⁷.

Nos parece interesante que, al revisar la literatura de la época, se asocie la conducta antisocial a una personalidad que no alcanzó su plenitud de desarrollo; primero a factores de desidia o ausencia de traspaso de valores adecuados según la época y luego -secundario- a factores constitutivos o ambientales. Explícitamente se le denomina enfermedad a la conducta antisocial, por consiguiente, se aplica el modelo médico para dirimir la normalidad o anormalidad en el comportamiento adolescente. Las conductas agresivas, propias del proceso previo a la configuración del *yo*, debiesen haber desistido al entrar en la pubertad; en caso de perdurar, se asiste a una anormalidad en el desarrollo psíquico. Razón por la que determinados factores ambientales derivan en comportamiento antisocial en unos casos y en otros no⁹⁸.

⁹⁷ BOVET, Lucien. Aspectos Psiquiátricos de la delincuencia juvenil. Estudio. Ob. Cit. Pág. 51.

⁹⁸ DE PIERRIS, Carlos Alberto. Delincuencia Juvenil. Ob. Cit. Pág. 54.

Jueces imponían medidas y éstas eran justificadas por el modelo médico; la tríada causas-sintomatología-remedio, tuvo indiscriminada aplicación en un campo que ni las causas estaban empíricamente confirmadas, ni existía una sintomatología clara e indiscutida y, por consiguiente, el remedio era indefinible. Erróneamente se agrupaban síntomas similares que se caracterizaban por ser tan amplios que cualquier comportamiento, fuera del canon moralmente aceptable, podía entrar en la categoría antisocial. Luego, dada la imposibilidad de obtener conclusiones científicamente afianzadas sobre sus causas, recurrían al conocimiento en boga para completar el entramado que define la enfermedad, el psicoanálisis. Hubo críticos contemporáneos a estas explicaciones, provenientes mayoritariamente de la sociología, que cuestionaron seriamente la explicación psicoanalítica de la delincuencia juvenil. Entre las críticas se cuenta la dificultad de aseverar la absoluta disociación estructural de la personalidad entre conciencia e inconsciencia: ni la totalidad de la psique reside en la conciencia, ni el inconsciente se esconde al plano del comportamiento. Por otro lado, señalan que la teoría de los instintos descansa sobre una hipótesis previa que se necesita comprobar y dominar científicamente para que pueda ser valedera. Sin embargo, “hasta la fecha no ha sido posible medir y controlar el *cuantúm* de energía transferida entre ambos sistemas”⁹⁹.

La tradición psiquiátrica y psicológica tradicional han conceptualizado los comportamientos antisociales como componentes, más o menos definitorios, de diversos tipos de trastornos mentales y/o de la personalidad. Desde una aproximación clínico-psicopatológica, una de las taxonomías más influyentes y populares ha sido el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM) de la Asociación Americana de Psiquiatría, que incluye, en sus diferentes ediciones, múltiples categorías diagnósticas definidas por patrones conductuales cuyo contenido se solapa en mayor o menor medida con la esfera conceptual de lo antisocial¹⁰⁰. El DSM como Manual definidor de categorías diagnósticas ha sufrido críticas desde diversos sectores; sin embargo, continúa siendo un importante referente para muchos profesionales de la salud mental.

El DSM IV, caracterizaba algunos de los trastornos que han suscitado mayor interés en el estudio de comportamientos antinormativos: el *trastorno disocial* y *trastorno*

⁹⁹ DAVID, R. Pedro. Sociología criminal juvenil. Ob. Cit. Pág. 161.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ, De la Peña, María Elena. Memoria para optar al grado de doctor. Ob. Cit. Pág. 21.

negativo-desafiante, por un lado; por el otro, el *trastorno antisocial de la personalidad*. El *trastorno disocial*, según el Manual, consiste en una categoría diagnóstica que presenta patrones conductuales relativamente persistentes en los que se violan los derechos básicos de los demás. El trastorno *negativista-desafiante*, se caracteriza por presentar un patrón recurrente de comportamiento negativista, desafiante, desobediente y hostil, dirigido a las figuras de autoridad, que persiste por lo menos durante seis meses. En cuanto al *trastorno antisocial de la personalidad*, el DSM IV, señala que se determina por un patrón general de desprecio y violación de los derechos de los demás, que se iniciaría en la niñez o en la adolescencia y que persistiría en la vida adulta¹⁰¹.

El DSM actualmente va en su quinta edición. En similares términos a su cuarta versión, el DSM V, define *trastorno de la personalidad* como: “un patrón persistente de experiencia interna y de comportamiento que se aparta acusadamente de las expectativas de la cultura del sujeto, es un fenómeno generalizado y poco flexible, tiene un inicio en la adolescencia o edad adulta temprana, es estable en el tiempo, y da lugar a malestar o deterioro”. Como una especie dentro de los trastornos de la personalidad se ubica el *trastorno antisocial* definido como: “un patrón de desprecio y violación de los derechos de los demás”¹⁰².

Desde una perspectiva conductual, el concepto de “conducta antisocial” ha sido particular foco de interés debido a la amplia gama de comportamientos que se incluyen en él: conductas clínicamente significativas, las estrictamente delictivas, y otras que sin ser definidas como contrarias a lo prescrito en la ley, se consideran comportamientos antinormativos por ser dañinos o perjudiciales para la sociedad, dando lugar a procesos de sanción dentro del sistema social. Se establecen frente a la categorización de un comportamiento como delictivo o no delictivo, pues la delincuencia es un fenómeno complejo que, difícilmente, puede ser definido en términos absolutos. Así, las conductas delictivas, forman parte de una realidad dimensional que puede adoptar un amplio rango de grados y modalidades de expresión. En parte por estas desavenencias entre quienes pretenden establecer un concepto absolutamente legalista o psicopatológico de este fenómeno y los defensores de una visión de la delincuencia como una realidad

¹⁰¹ Ibidem. Pág. 22.

¹⁰² Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. American psychiatric association (DSM V). Quinta edición. Editorial Médica Panamericana. Buenos Aires. Bogotá, Caracas, Madrid, México, Porto Alegre. [www.medicapanamericana.com]. Pág. 545.

esencialmente conductual, es que no se han podido unificar los criterios metodológicos para acceder a su estudio y evaluación¹⁰³.

Asociar la delincuencia a enfermedades mentales ha sido un ejercicio común en la historia de la psiquiatría y psicología; en tanto ciertas categorías, previamente establecidas como trastornos, coinciden con conductas prescritas legalmente como delitos. Sin embargo, más de una suspicacia fue evidenciada por diversos autores, en virtud de los severos cuestionamientos de los intereses existentes tras este tipo de vinculaciones. Una de las críticas contemporáneas más recurrentes gravita en torno a que producto de las crecientes presiones de las clases sociales desfavorecidas, sobre la cada vez más fuerte burguesía, se gestó una conciencia de peligro que la sociedad debía controlar mediante las instituciones penales. Como consecuencia tuvo lugar un proceso de criminalización de las enfermedades mentales¹⁰⁴, punto sobre el que se profundizara en próximos apartados.

2.2.- Delincuencia juvenil desde la psicología del desarrollo.

Someter a los adolescentes a un sistema penal diferenciado respecto de los adultos, es una exigencia proveniente de instrumentos internacionales de derechos humanos fundada en la ausencia de un desarrollo consistente con el necesario para exigir un grado mayor de culpabilidad. Muestra de ello es la letra e) en los principios fundamentales previstos en las Directrices de Riad: “el reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta”. En similares términos, las orientaciones fundamentales de las Reglas de Beijing compelen a los estados partes a esforzarse por crear las condiciones que mantengan al adolescente lo más exento del delito posible en razón de que se encuentra en “el período de edad en que el menor es más propenso al comportamiento desviado” (1.2. orientaciones fundamentales). En suma, el mensaje de la LRPA señala que ésta se basa en “una responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo” que justifica el

¹⁰³ FERNÁNDEZ, De la Peña, María Elena. Memoria para optar al grado de doctor. Ob. Cit. Pág. 23.

¹⁰⁴ GAITÁN NUÑEZ, María; LÓPEZ MIGUEL, José María. Psicopatología y Delincuencia, implicaciones en el concepto de imputabilidad. Revista electrónica de Ciencias Penales y Criminología. [<http://criminnet.ugr.es/recpc>]. Pág. 2.

establecimiento de un sistema de justicia especializado en cada fase del procedimiento. Como vemos, legislación y doctrina, proscriben formas de respuestas a la criminalidad, junto con prescribir garantías y tratamientos especiales para adolescentes, en virtud de que se hallan en una particular etapa de desarrollo. Se trata de una discriminación plenamente justificada: adultos y adolescentes son opuestos física y cognitivamente impidiendo comunicabilidad transversal a la norma criminal general. Es justo, entonces, diferenciar criterios, delitos y castigo. Sin embargo, la diferencia no puede ser absoluta; pues, de ser así, la especialización del sistema de justicia pierde sustento en la medida que los sujetos - adultos, por un lado, adolescentes, por el otro- se ubicarían en extremos opuestos en cuanto a la comunicabilidad de las normas: adultos que comprenden y aprehenden lo expresado por éstas y adolescentes que no han llegado al nivel mínimo que permita responsabilizarlos. Precisamente, no podría haber sistema especial porque los adolescentes carecerían de las competencias para entrar al sistema de justicia penal, sumergiéndolos en el anquilosado sistema tutelar. La negación de una diferencia radical entre adolescentes y mayores de edad fue el punto de partida en la creación de un sistema de responsabilidad penal de adolescentes mayores de catorce años. Qué acerca a adolescentes y mayores de edad en este marco diferenciado: son capaces de culpabilidad y *prima facie* deben responder penalmente¹⁰⁵. Abandonar el sistema tutelar, adolescentes reconocidos como sujetos de derechos, y la elaboración de un sistema de justicia penal, son manifestaciones de esta afirmación; pero, cuáles fueron las bases teóricas y científicas que permiten, por un lado, afirmar la diferencia entre adolescentes y mayores de edad y, por el otro, esclarecer que, pese a las diferencias, estas no son tan radicales como para eximirlos de responsabilidad. La disciplina científica que ha conferido los argumentos necesarios para otorgar legitimidad a la especialidad es la psicología del desarrollo. Algunas de sus afirmaciones empíricas están explícitamente contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos referidos a la materia¹⁰⁶. Por tanto, los conocimientos aportados por la psicología del desarrollo legitiman el sistema de responsabilidad penal especial, validando la mentada capacidad de culpabilidad que no escinde *in extremis* a adolescentes de los adultos; y, paralelamente, reconoce las diferencias propias de encontrarse en etapas evolutivas diversas. La literatura jurídica especializada en pocas ocasiones se aboca a la tarea de explicar los fundamentos provenientes de esta disciplina científica; la mencionan

¹⁰⁵ COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencia para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo. Ob. Cit. Pág. 273.

¹⁰⁶ Ibidem. Pág. 275.

como apoyo empírico o se plantean afirmaciones que gozan de amplio apoyo reconocidas, incluso, por instrumentos internacionales en la materia¹⁰⁷. No obstante, la intención de este apartado es ahondar -sin la pretensión de abordarlos en su totalidad, cuestión imposible en este trabajo- en algunos de sus contenidos para clarificar conceptos que servirán de catalizador para el siguiente apartado destinado a la psicología del aprendizaje. La pretensión es explicar en qué consiste un “sujeto en desarrollo” y presentar los factores más importantes en la afirmación de que los adolescentes mayores de catorce años han adquirido, siquiera en un nivel básico, tanto los valores morales y legales, como la capacidad de orientar su comportamiento, en términos tales que permite reconocerles responsabilidad penal¹⁰⁸. Criminológicamente, interesa explicitar cuáles son los factores que la psicología establece para determinar cuál es el punto de partida -a partir de qué edad- es factible señalar que existe dominio y comprensión de las decisiones y acciones realizadas; es decir, aquel momento en que el sistema de valores y principios relevantes para la sociedad se encuentran lo suficientemente interiorizados como para hacerlos acreedores de un potencial castigo. La explicación psicológica es multifactorial, pero, para evitar extensiones que sobrepasen el objetivo del presente trabajo, nos limitaremos a dos: el desarrollo cognitivo y moral en la adolescencia.

2.2.1. Desarrollo cognitivo en la adolescencia.

Entrar en el desarrollo cognoscitivo como factor que permite distinguir y, paralelamente, aproximar adolescencia y adultez, exige, previamente, dar luces sobre la elaboración teórica de la adolescencia en la psicología del desarrollo. Sentar las bases de este conjunto que agrupa sujetos que se encuentran en desarrollo, resulta imperativo para una adecuada comprensión del fenómeno. En ese sentido, dar una definición exacta del concepto adolescencia es pretensioso y limitante. Se trata de un fenómeno complejo, una etapa tan convulsionada que intentar universalizar el período se vuelva estéril. Tradicionalmente se ha dicho que el término adolescente “se usa generalmente para referirse a una persona que se encuentra entre los 13 y 19 años de edad, periodo típico entre la niñez y la adultez. Este período empieza con los cambios fisiológicos de la

¹⁰⁷ Algunas de ellas: a) Los adolescentes tienen menor capacidad cognitiva para razonar y entender; b) los adolescentes tienen menor capacidad de juicio y de autocontrol; c) los adolescentes tienen mayor sensibilidad a la pena y vulnerabilidad frente a los efectos perjudiciales de la cárcel. *Ibíd.* Pág. 276-280.

¹⁰⁸ *Ibíd.* Pág. 276.

pubertad, y termina cuando se llega al pleno status sociológico del adulto”¹⁰⁹. Sin embargo, en virtud de la evidencia científica actual, y como sucede con todas las etapas del desarrollo, los puntos extremos no están bien definidos¹¹⁰. En cuanto a su inicio, los conjuntos de cambios fisiológicos no son correlativos en todos los casos, tampoco las reacciones psicológicas de ellos son idénticas o igualmente intensas en todos los individuos. Esclarecer el término del periodo goza de la misma dificultad: “Por lo general, a las personas se les considera adultas cuando a la comunidad de adultos da por supuesto que dicha persona está lista para aceptar las responsabilidades que implica la membresía en la comunidad y le otorgan todos los privilegios correspondientes”¹¹¹. No obstante, esta definición también es ambigua; pues, no existe consenso sobre el momento exacto en que culmina¹¹². La dificultad de plantear un concepto universal para la adolescencia radica en un problema histórico: el término ha tenido diversas consideraciones según el contexto en que se desenvuelve. Antes de 1750 se les consideraba seres frágiles y fácilmente reemplazables debido al escaso control en la natalidad y a la ineficacia de la medicina para disminuir la mortalidad infantil. Posteriormente, con los avances en la ciencia médica, se redujo la mortalidad infantil produciendo una primera revolución demográfica que introdujo una actitud más benigna hacia niños y adolescentes. Una segunda revolución demográfica tuvo lugar alrededor del año 1880 cuando disminuyó la proporción de niños en relación a los adultos. Con el sostenido avance de la medicina y de las condiciones de higiene y salubridad, la mortalidad infantil dejó de ser un problema. Para 1959 los niños ya no eran tratados como pequeños adultos, abandonando el concepto que se tenía en el siglo XVIII del niño como algo fácilmente reemplazable. Como dijimos en el capítulo anterior, La Declaración de los Derechos del niño consolidó el cambio. El papel del niño-adolescente, ha mutado a través de los años; por consiguiente, el estudio científico de esa etapa es relativamente reciente¹¹³. De esta forma adquiere consistencia la hipótesis relativa a que la adolescencia es una construcción social: antes del siglo XX, las condiciones

¹⁰⁹ MCKINNEY, John Paúl; FITZGERALD, Hiram E., y STROMMEN, Ellen A. *Psicología del desarrollo: edad adolescente*. Editorial El Manual Moderno, S.A. México, 1982. Pág. 3.

¹¹⁰ “Ahora los médicos de algunas sociedades occidentales encuentran cambios asociados con la pubertad antes de los 10 años”. PAPALIA, E., Diane, OLDS, WENDKOS, Rally, y FELDMAN, DUSKIN, Ruth. *Psicología del desarrollo: de la infancia a la adolescencia*. MCGRAW-HILL. México, 2009. Pág. 461.

¹¹¹ *Ibidem*. Pág. 4.

¹¹² “Por ejemplo, la mayoría de los contratos legales en E.U.A. reconocen el status adulto de un individuo cuando éste ha cumplido los 18 años de edad; sin embargo, otras leyes varían con respecto a la edad a la que se puede tratar a un individuo como adulto. Por ejemplo, cada una de las siguientes cosas tienen sus propios requisitos de edad: licencias para conducir, licencias matrimoniales, libertad para comprar y consumir bebidas alcohólicas, el derecho de voto y el derecho para trabajar. En muchos casos, la edad mínima para estas cosas varía inclusive de un estado a otro de E.U.A.”. *Ibidem*.

¹¹³ MCKINNEY, John Paul, FITZGERALD, Hiram E., y STROMMEN, Ellen A. *Ob. Cit.* Pág. 16.

económicas, sociales y culturales dificultaban vislumbrar las particularidades que rodean esta etapa; hoy, su independencia como etapa vital es incuestionable, pues los diversos avances han permitido caracterizarla como una transición del desarrollo que implica cambios físicos, cognitivos, emocionales y sociales, y que asume diversas formas en diferentes entornos sociales, culturales y económicos¹¹⁴.

Entre estos cambios destaca el desarrollo cognoscitivo. La razón está en la radical influencia que adquiere –este desarrollo– en el procesamiento de la información, es determinante en la toma de decisiones. Las que van desde qué es más o menos relevante en la conformación de la identidad, hasta qué acciones son concebidas como más o menos reprochables. En los adolescentes no sólo se manifiestan cambios físicos; también, piensan y hablan de forma diferente a los niños menores. Independiente de que el procesamiento de la información aún es menor al de los adultos, aumenta considerablemente en relación a la etapa evolutiva anterior. La comprensión del funcionamiento cognitivo adolescente es vital en la pretensión de reducir la brecha con los mayores de edad al momento de exigir un comportamiento. En ese sentido, según el psicólogo suizo Jean Piaget, existen etapas o fases de desarrollo cognoscitivo¹¹⁵, la última de estas etapas (que distingue la infancia de la adolescencia) es la etapa de las operaciones formales. Es durante esta etapa cuando el individuo aprende a formular hipótesis, cuando llega a ser capaz de un razonamiento deductivo, y cuando puede emprender un razonamiento causal y dar explicaciones científicas a los sucesos¹¹⁶. El paso de la infancia a la adolescencia se enmarca en el arribo a lo que, según Piaget, consiste en la cúspide del desarrollo cognitivo, el pensamiento abstracto; pueden pensar en términos de lo que podría ser, no sólo de lo que es. Pueden imaginar posibilidades y someter a prueba las hipótesis. En cambio, el niño, en la etapa inmediatamente anterior es incapaz de formular teorías, de crear sistemas; piensa concretamente, problema tras problema, a medida que la realidad los plantea, y no une las soluciones que encuentra mediante teorías generales que puedan poner de relieve su

¹¹⁴ PAPALIA, E., Diane, OLDS, WENDKOS, Rally, y FELDMAN, DUSKIN, Ruth. *Psicología del desarrollo: de la infancia a la adolescencia*. Ob. Cit. Pág. 461.

¹¹⁵ Se trata de cuatro estadios: 1º. Estadio sensorio-motor (desde el nacimiento a uno y medio años). Esquemas de acción sensoria motora, tales como succionar y asir. Reflejos; 2º. Estadio preoperacional (desde uno y medio hasta los seis años). Representaciones internalizadas de los objetos y de los sucesos. Representación simbólica y lenguaje; 3º. Estadio de las operaciones concretas (desde los seis años hasta la pubertad). Operaciones verdaderas aplicadas a los objetos y de los sucesos; 4º. Estadio de las operaciones formales (adolescencia y edad adulta). Pensamiento hipotético y deductivo. Lógica proposicional. HOPKINS, J. Roy. *Adolescencia, años de transición*. Ediciones Pirámide. Madrid, 1987. Pág. 164.

¹¹⁶ MCKINNEY, John Paul, FITZGERALD, Hiram E., y STROMMEN, Ellen A. Ob. Cit. Pág. 153.

principio. Antes de la adolescencia, un problema se resuelve según lo que acaece en el aquí y ahora, se refiere a los objetos tangibles que pueden ser manipulados y sometidos a experiencias efectivas. Por el contrario, el pensamiento operacional formal, presta atención tanto a la forma como al contenido de un argumento, de un experimento, de un silogismo o de una proposición. El preadolescente está limitado al contenido específico de un argumento o problema concreto. En términos de Piaget: “El pensamiento formal, es por lo tanto, ‘hipotético-deductivo’, es decir, que es capaz de deducir las conclusiones que hay que sacar de puras hipótesis, y no sólo de una observación real. Sus conclusiones son válidas aun independientemente de su verdad de hecho, y es por ello por lo que esa forma de pensamiento representa una dificultad y un trabajo mental mucho más grande que el pensamiento concreto”¹¹⁷. En suma, la inteligencia operacional, supone la capacidad de reflexionar, de escindir la acción del objeto, de reemplazar a éste por simple proposiciones; es decir, en la preadolescencia el niño puede aplicar una serie de operaciones a determinados objetos, pero, en la adolescencia, estos objetos son obviados debido a la capacidad de intelectualizar una operación. De ahí que Piaget establezca que esta reflexión es una especie de pensamiento de segundo grado: “el pensamiento concreto es la representación de una acción posible, y el pensamiento formal la representación de una representación de acciones posibles”¹¹⁸. En cuanto a qué produce el cambio al razonamiento formal, Piaget lo atribuye principalmente a una combinación de maduración del cerebro y a la expansión de las oportunidades ambientales. No obstante, el concepto de Piaget sobre las operaciones formales como cúspide del pensamiento maduro ha sido criticado por su estrechez. Los neopiagetianos sugieren que los procesos de pensamiento en la adolescencia son más flexibles y variados. Cuestionan que la atención en los experimentos se restrinja, exclusivamente, a la resolución abstracta de problemas lógico-formales, versus otras áreas del desarrollo del pensamiento que manifiestan una distinción considerable con la etapa evolutiva anterior¹¹⁹.

Sin perjuicio de las críticas, como dijimos, la justificación de responsabilizar penalmente a los adolescentes, estriba en el reconocimiento de su autonomía como sujetos

¹¹⁷ PIAGET, Jean. Seis estudios de psicología. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1986. Pág. 97.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ “Lo que es más la teoría de Piaget no considera de manera adecuada avances cognitivos tales como las ganancias en capacidad de procesamiento de información, acumulación del conocimiento y pericia en campos específicos, y el papel de la metacognición, la conciencia y vigilancia de los propios procesos y estrategias mentales”. PAPALIA, E., Diane, OLDS, WENDKOS, Rally, y FELDMAN, DUSKIN, Ruth. Psicología del desarrollo: de la infancia a la adolescencia. Ob. Cit. Pág. 492.

de derecho, validada por la capacidad de comprensión normativa. Pese a ello, son sometidos a un sistema penal especial justificado por las particulares características de los sujetos en comento. Que sean sometidos a un sistema especial implica que si bien son reconocidos en su particularidad, ésta, por un lado, no puede ser tal que los separe completamente de los sujetos comunes que son sometidos al sistema penal general – mayores de edad-; pues, de lo contrario, carecerían de capacidad de culpabilidad. Por el otro, no puede ser tal como para que sea homologable a la de los adultos que, por consiguiente, permita someterlos al sistema penal general. De ahí que se señale que los adolescentes cuentan con una capacidad disminuida: cuentan con ésta, pero en virtud de sus especiales características, está un peldaño más abajo que la adquirida en la mayoría de edad. Esta elucubración no es azarosa, precisamente, los postulados descritos en este apartado constituyen la validación científica necesaria para establecer el límite entre la infancia y la adolescencia y entre ésta y la adultez. El hecho de que los preadolescentes se encuentren en el estadio de operaciones concretas, impide que la norma adquiriera la comunicabilidad necesaria como para señalar que, *a priori*, comprender la hipótesis descrita en el cuerpo normativo; pues, aún no son capaces de juicios fuera del contexto inmediato que implique una comprensión de lo que abstractamente ahí se describe. Por tanto, carecen del poder anticipatorio que la madurez cognitiva faculta. En cambio, la adolescencia supone haber llegado a la etapa de operaciones formales, en que se adquiere la capacidad de razonamiento hipotético-deductivo. Aun así, el pensamiento adolescente tiene características inmaduras, que se condice con la idea de que su capacidad no puede ser la misma atribuida a un mayor de edad. David Elkind, señala que problemas como la dificultad en la toma de decisiones, se explican por los intentos inexpertos de los adolescentes para utilizar el pensamiento de las operaciones formales; les es tan poco familiar como la nueva forma de sus cuerpos¹²⁰.

¹²⁰ Elkind, propone seis maneras de caracterizar esta inmadurez de pensamiento: 1º idealismo y tendencia a la crítica: si los adolescentes imaginan un mundo ideal, culpan a los adultos de lo lejano que estos se encuentran de tal mundo; 2º tendencia a discutir: los adolescentes buscan constantemente las oportunidades de poner a prueba sus capacidades de razonamiento; 3º indecisión: pese a contar con más de una alternativa, carecen de estrategias eficaces para elegir entre ellas; 4º aparente hipocresía: es frecuente que los adolescentes jóvenes no reconozcan la diferencia entre expresar un ideal, como la conservación de energía, y hacer los sacrificios necesarios para alcanzarlo; 5º. Autoconciencia: los adolescentes en la etapa de las operaciones formales pueden pensar acerca del pensamiento-el propio y el de otras personas-. Sin embargo, en su preocupación con su propio estado mental, a menudo suponen que todos los demás están pensando al mismo tiempo justo en lo que ellos están pensando: ellos mismos; 6º. Suposición de singularidad e invulnerabilidad: Elkind utiliza el término fábula personal para denotar la creencia adolescente de que son especiales, que su experiencia es única y que no están sujetos a las reglas que gobiernan al resto del mundo. PAPALIA, E., Diane OLDS, WENDKOS, Rally y FELDMAN, DUSKIN, Ruth. Psicología del desarrollo: de la infancia a la adolescencia. Ob. Cit. Pág. 492.

El pensamiento formal es un paso en la madurez cognitiva y, por tanto, permite, entre otras cosas, responsabilizar a los adolescentes por hechos que sean constitutivos de delito. Sin embargo, las críticas tildan de frágil esta argumentación debido a la imposibilidad de aseverar que a partir de determinada edad se adquiere tal capacidad. Incluso existen adultos que no alcanzan el estadio de las operaciones formales. Variados investigadores han encontrado que el pensamiento formal está muy lejos de ser universal. A partir de estas críticas, Piaget, reformulo su teoría señalando que todos los adolescentes son capaces de aplicar las operaciones del pensamiento formal, pero cada individuo dentro de su propia área de aptitudes¹²¹.

2.2.2. Desarrollo moral en la adolescencia.

La diferencia entre un mayor de edad y un adolescente no se limita, exclusivamente, al dispar desarrollo cognitivo. El razonamiento moral es otro de los aspectos a tomar en cuenta en el proceso de toma de decisiones que justifica, legitima y valida la concepción de una capacidad atenuada o disminuida en los adolescentes. Así, el razonamiento abstracto y el razonamiento moral, son dos ejes que juegan un papel preponderante al momento de evaluar las circunstancias especiales en que una persona entre los 14 y los 18 años, comete un hecho delictivo, se somete al sistema penal especial y, en consecuencia, se le impone una sanción. Veremos cómo el razonamiento moral también varía de acuerdo al desarrollo vital y su intrincada relación con el desarrollo cognitivo.

Un niño de siete años ante un dilema ético, sea cual este fuere, actuará de manera distinta que al cumplir quince y, evidentemente, su decisión lo será aún más a los veinticinco. A medida que se logra un mayor desarrollo cognitivo, los niños adquieren la capacidad de razonar de manera más compleja sobre temas morales. Paulatinamente se abandona la mirada centrada exclusivamente en el yo, permitiendo asumir la perspectiva de otra persona, resolver problemas sociales y verse sí mismo como un ser social. Jurídica y criminológicamente, estudiar el desarrollo moral en la adolescencia tiene doble importancia. Primero, al igual que en el desarrollo cognitivo, los adolescentes se ubican en un estadio inferior respecto a los adultos, por tanto, no puede exigírseles el mismo estándar

¹²¹ HOPKINS, J. Roy. Adolescencia, años de transición. Ob. Cit. Pág. 174.

de conducta; segundo, porque según veremos, una moral universal es inexistente, lo que lleva a la pregunta acerca de cómo se desarrolla una determinada moral en la adolescencia. Para esto expondremos, brevemente, la teoría de Kohlberg sobre el razonamiento moral.

Lawrence Kohlberg, adoptó como base de sus investigaciones los lineamientos realizados por Piaget sobre el juicio moral. Este último descubrió que los niños pequeños se guían por una moralidad que llamo “realismo”. El niño juzga que una acción es mala porque sus consecuencias son malas, sin tener en cuenta la intención del sujeto que la hace. Con posterioridad, el niño cae en cuenta que las reglas nacen por mutuo consentimiento y que no son inmutables, es decir, desarrolla una moralidad autónoma. En este momento, los denominados valores socialmente relevantes son internalizados, siendo capaz de ponerse en el lugar de otro y considerar cuál pudo haber sido la intención de esa persona. Por tanto, la intención aparece como un factor más importante para determinar la moralidad de una persona. Ciertamente, el niño debe ser capaz de descentrar cognoscitivamente; vale decir, debe dejar la fase egocéntrica del desarrollo cognoscitivo (el punto de vista centrado exclusivamente en el *yo*). En cambio, tanto adolescentes como preadolescentes son capaces, según Piaget, de descentrar, incluso pueden formular juicios morales realitivistas¹²².

Kohlberg, amplía la postura de Piaget sobre el desarrollo moral; el modelo del primero es más complejo, con más etapas de desarrollo y una nueva forma de medición. El autor describió tres niveles de razonamiento moral, dividido cada uno en dos etapas, es decir, en seis estadios morales basados en una visión general de la teoría cognitivo-evolutiva de la moralización. Para el mejor entendimiento de cada uno de los estadios, fueron situados dentro de una secuencia del desarrollo de la personalidad. Esto porque existe una relación estrecha entre el desarrollo cognitivo y el desarrollo moral; pues, en tanto el razonamiento moral es un razonamiento, el razonamiento moral avanzado se basa en un razonamiento lógico avanzado. Existe un paralelismo entre el estadio lógico de un individuo y su estadio moral¹²³. Enfatiza en el hecho de que no todas las personas que, según el modelo, debiesen hallarse en determinado desarrollo cognitivo, efectivamente, lo alcanzan; en esos términos, muchos adolescentes y adultos alcanzan el estadio de

¹²² MCKINNEY, John Paul, FITZGERALD Hiram E., y STROMMEN, Ellen A. Ob. Cit. Pág. 184.

¹²³ KOHLBERG, Lawrence. Psicología del desarrollo moral. Editorial Desclée de brouwer S.A. Bilbao, España, 1992. Pág. 186.

operaciones formales sólo de forma parcial. Empleando la distinción piagetiana, si un individuo se ubica en un estadio lógico operatorio concreto –preadolescencia- está limitado a los niveles morales preconventionales, según la distinción de Kohlberg. En este sentido, los estadios morales se agrupan dentro de tres grandes niveles: nivel preconvencional (estadios uno y dos), nivel convencional (estadios 3 y 4) y nivel postconvencional (estadios 5 y 6)¹²⁴. En el primer nivel las personas actúan según controles externos. Las reglas se obedecen para evitar castigos, obtener recompensas o, simplemente, actúan por interés propio. Este nivel es el de la mayoría de los niños menores de nueve años, de algunos adolescentes y, en palabras del autor, de adultos delincuentes. El nivel convencional se explica en virtud de aquellas personas que han internalizado las normas de las figuras de autoridad. Kohlberg, emplea el término “convencional” para referirse a la conformidad, mantenimiento, y a las expectativas de las normas por el mero hecho de ser reglas o acuerdos sociales. Corresponde a los niños mayores de diez años de edad; sin embargo, muchas personas no pasan más allá de él, incluso en la adultez. El nivel posconvencional se caracteriza por el reconocimiento del conflicto entre las normas morales, es decir, las personas se percatan de que un designio normativo puede tener conflictos con otro, y, en consecuencia, efectúan juicios según los principios del derecho, la equidad y la justicia. Comúnmente, este nivel se alcanza en la adolescencia temprana o en la adultez joven. Para allanar la comprensión, asemeja los tres niveles con tres tipos de relaciones entre el *yo* y *las normas* y *las expectativas de la sociedad*. Desde este punto de vista, y en palabras de Kohlberg, “el Nivel I es una persona preconvencional, para quien las normas y expectativas sociales son algo externo a sí mismo; el Nivel II es una persona convencional, en la que el *yo* se identifica con las reglas y expectativas de otros, especialmente de las autoridades; y el Nivel III es una persona postconvencional, que ha diferenciado su *yo* de las normas y expectativas de otros y define sus valores según unos principios auto escogidos”¹²⁵.

Las investigaciones de Kohlberg cambiaron drásticamente la manera en que el desarrollo moral era concebido. Se abandonó la óptica en que el razonamiento moral estaba determinado únicamente por el control sobre los impulsos de gratificación personal y se adoptó otra consistente en una creciente comprensión del mundo social que define el razonamiento moral. No obstante, investigaciones más recientes han puesto en duda la

¹²⁴ *Ibidem*. Pág. 187.

¹²⁵ *Ibidem*. Pág. 188.

definición de algunas de las etapas descritas. Existen estudios que revelan la flexibilidad de algunos niños para razonar acerca de las leyes y su infracción aun antes de alcanzar los nueve años de edad. Una explicación para esta variabilidad en la relación de la edad y los niveles de Kohlberg, se encuentra en la inconsistencia, eventual, entre desarrollo cognitivo y desarrollo moral: no necesariamente una persona que ha alcanzado cierto nivel de desarrollo cognitivo alcanza un nivel comparable de desarrollo moral. Otra razón es que el proceso cognitivo no es el único implicado en el razonamiento moral. Existen otros que se relacionan con éste al momento de dirimir moralmente una acción, es decir no se determina únicamente por consideraciones abstractas de justicia; éstas actúan conjuntamente con emociones como la empatía, culpa y angustia¹²⁶.

En definitiva, tanto el desarrollo cognitivo como el moral, influyen decisivamente en la responsabilización de adolescentes en tanto sujetos de derecho. El estadio alcanzado a esa edad permite señalar que se trata de sujetos que comprenden el sistema normativo que rige las relaciones sociales y, por tanto, pueden ser objeto del reproche penal en la medida que sus actos se alejen de lo prescrito en la norma. Asimismo, la etapa evolutiva que, por un lado, permite realizar dicha afirmación, por el otro, impide conferir plena capacidad en la medida que aún no arriban al período vital requerido para ello. No es baladí identificar la etapa evolutiva, sus implicancias y características; con ello ahondamos en la *ratio legis* que permite imponer un castigo a los adolescentes y, en consecuencia, someterlos a una sanción que, en virtud del especial período en que se hallan, tiene características y fines especiales, a saber, la sanción educativa. Considerando que la dogmática jurídico penal establece la existencia de capacidad de culpabilidad en la adolescencia -al amparo de los conocimientos aportados por la psicología- la referencia a ésta es provechosa para indagar en las motivaciones tras la sanción educativa.

2.3. De la capacidad de culpabilidad disminuida a un sistema con sanciones educativas.

Las razones para tener un sistema penal que contemple sanciones penales diferentes a las de los adultos son principalmente tres: la menor culpabilidad de los adolescentes en relación con los adultos, el mayor impacto de la pena en la vida de los adolescentes y el

¹²⁶ PAPALIA, E., Diane, OLDS, WENDKOS, Rally, y FELDMAN, DUSKIN, Ruth. Psicología del desarrollo: de la infancia a la adolescencia. Ob. Cit. Pág. 498.

hecho de que los adolescentes están en una etapa de socialización, por lo que tienen mayores posibilidades de modificar su conducta que los adultos. La sanción educativa, como expresión de las particularidades del sistema, se instaura teniendo como base estas razones. De manera que, para hacer inteligible la presencia de este tipo de sanciones, es conveniente aludir a la culpabilidad de los adolescentes. Este apartado será dedicado exclusivamente a la menor culpabilidad de los adolescentes en relación a los adultos; en cuanto a las mayores posibilidades de modificar su conducta, será tratado en el siguiente.

La culpabilidad es un tema fundamental en derecho penal. Se ha dicho, incluso, que “el problema de la culpabilidad es el problema del derecho a castigar”¹²⁷. No hay pena sin culpabilidad, por consiguiente, no hay sanción educativa sin culpabilidad. Con la afirmación de culpabilidad, el delito se perfecciona y, de esta manera, se satisface el último presupuesto indispensable para la imposición de una pena¹²⁸. En suma, someter a un adolescente a una sanción, cualquiera que esta fuese, importa reprochabilidad de un hecho típico y antijurídico, fundado en que éste lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho. En otros términos, para la imposición de una pena, no basta la exigencia de una conducta antijurídica, sino que, además, se requiere que al hechor se le pueda efectuar el correspondiente reproche de culpabilidad¹²⁹. Para la existencia del delito es indispensable imputar subjetivamente el hecho dañoso al sujeto que lo realizó. Precisamente, la imputabilidad es uno de los elementos estructurales de la culpabilidad o, si se prefiere, para afirmar el reproche de culpabilidad es necesario que no haya existido una causal de inimputabilidad. La imputabilidad es la capacidad de conocer lo injusto del actuar y determinarse conforme a ese conocimiento. Esa capacidad es atribuida por el derecho a la mayor parte de los individuos de la especie humana. La imputabilidad es, pues, la regla, y no conoce otras excepciones que las establecidas expresamente por el derecho¹³⁰. Esta capacidad descansa sobre cierto estado de normalidad y suficiencia de las facultades intelectuales y volitivas; pues, debe tratarse de un sujeto cuyas características personales lo habiliten para adecuar su comportamiento a los dictados del derecho.

¹²⁷ CURY URZÚA, Enrique. Derecho penal parte general. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile, 2005. Pág. 385.

¹²⁸ *Ibidem*. Pág. 386.

¹²⁹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, Cecilia. Ob. Cit. Pág. 243.

¹³⁰ CURY URZÚA, Enrique. Ob. Cit. Pág. 403.

El reconocimiento de esta capacidad es lo que permitió conferir responsabilidad a los adolescentes. Antes se consideraban sujetos inmaduros, incapaces de comprender el carácter ilícito de la conducta y de obrar conforme a ese entendimiento. La carencia de esta facultad subjetiva es lo que impedía atribuir su componente antijurídico; pues, en tanto causal de inimputabilidad, los hechos en que incurrían eran concebidos como el resultado de insuficiencias personales, que, como no dependen de su voluntad, no pueden serles reprochados¹³¹. Sin pretender pormenorizar en la discusión relativa al fundamento de la imputabilidad (autodeterminación o libre albedrío y el sector que halla el fundamento de aquella en la capacidad de motivación o normalidad motivacional), nos interesa ahondar en los aportes de la psicología a los fundamentos de la capacidad de culpabilidad en atención a la edad del sujeto.

Son responsables penalmente aquellas personas imputables y culpables frente a quienes existe la necesidad de reaccionar con una consecuencia jurídica penal (sanción, pena o medida). Como vimos en el apartado anterior las capacidades cognitivas y el desarrollo moral varían conforme a la edad, variación que determina la medida o grado de madurez necesario para establecer la existencia de comprensión normativa que faculta para exigir otra conducta; existe una etapa en la evolución cronológica de la madurez del ser humano en la que aún no se encuentran íntegramente establecidos los rasgos psicológicos ni la personalidad. En este sentido, se distinguen fases de responsabilidad penal según la edad del autor del delito: a un período de absoluta inimputabilidad, le seguirá uno de imputabilidad disminuida y, finalmente, habrá un período en que se supone una plena imputabilidad al alcanzar la mayoría de edad penal. La delimitación etaria en que se halla la capacidad de culpabilidad se realiza en virtud de la presencia de dos elementos copulativos. La capacidad de comprensión social y legal, conocida como elemento intelectual; y, el elemento volitivo, consistente en la capacidad de autodeterminar la voluntad.

En cuanto al elemento intelectual de la capacidad de culpabilidad, consiste en el desarrollo simultáneo de la capacidad cognitiva y la comprensión social y legal, entendida ésta como la facultad necesaria para comprender el carácter ilícito de la conducta, las

¹³¹ “Así pues, la ley consagra la inimputabilidad del menor porque, a causa de su corta edad, de su educación todavía incompleta y de los procesos psíquicos perturbadores que acompañan al crecimiento, no posee un dominio cabal de su voluntad, la cual se forma de una manera defectuosa, de modo que no es posible dirigirle un reproche personal por su conducta”. *Ibidem*. Pág. 429.

distintas funciones beneficiosas y represoras que desempeña la ley en la sociedad, y el sistema jurídico considerado en su conjunto¹³². La comprensión social y legal se adquiere por múltiples factores que influyen en el desarrollo cognitivo de las personas. La interacción de la herencia con el ambiente, influye sustancialmente en el complejo proceso que afecta a una serie de dimensiones que permiten determinar esta capacidad. Esta interacción no es aprendida de igual manera por un niño de cuatro años que por un adolescente de catorce; de ahí que Piaget fije etapas en el desarrollo cognitivo que difieren unas de otras en razón de las diversas interacciones que se sostienen a lo largo de los años. Así, previo a la adolescencia, mientras el niño se encuentra en el estadio cognitivo de las operaciones concretas, éste no posee la inteligencia para organizar y ordenar la información que recibe a través de la interacción social y tiende a personalizar conceptos que deben ser tratados genéricamente. De forma que su comprensión social y legal también es concreta¹³³. Es decir, no logra distinguir entre aspectos colectivos e individuales, personalizando cada concepto que llega a su conocimiento, faltando, por tanto, la requerida capacidad de abstracción que facilita la concreción de principios generales que van más allá de concepciones personales. En suma, en los niños pre-adolescentes es inexistente la comprensión social y legal. Diametralmente opuesta es la capacidad en la edad adulta; se alcanza la plenitud de la comprensión social y legal. El pensamiento formal se ha desarrollado por completo, concluyendo el desarrollo del pensamiento abstracto. La adolescencia se sitúa en un estadio intermedio; superada la fase de operaciones concretas, todavía no se desarrolla por completo la capacidad de abstracción en su aparato cognoscitivo. Los especialistas no están contestes en cuanto al inicio y término de la edad adolescente; unos fijan su inicio en doce, otros en catorce, y su fin en dieciocho o veinte. Independiente de de la discusión en cuanto a la exactitud del comienzo y fin de la adolescencia, lo relevante es que gradualmente adquieren mayor comprensión de la política, la economía y la organización social. No se trata de que ya sean doce o catorce años, inmediatamente comprendan el complejo sistema social y legal; por el contrario, en los primeros años, si bien persiste la inclinación por personalizar conceptos que deben ser tratados de manera abstracta, surge la facultad de abstraer del yo conceptos de contenido social. Así, la ley deja de ser percibida como herramienta exclusiva de castigo y se inicia una nueva forma de comprenderla asociada, también, al empleo de funciones beneficiosas

¹³² ROMERO, TENA, Alfredo. La capacidad de culpabilidad del menor. Edición del master en derecho penal de la Universidad de Sevilla. España, 2011. [<https://cuadernosdelmaster.wordpress.com/2014/02/19/la-capacidad-de-culpabilidad-del-menor/>]. Pág. 16.

¹³³ *Ibidem*. Pág. 17.

para la sociedad. Conforme avanza la etapa adolescente, igualmente, se va afianzando la capacidad de comprensión de las instituciones sociales, sus funciones y la relación existente entre ellas; a su vez, comienza a hacer uso de los principios morales, políticos, legales, etc. Paulatinamente, disminuye el pensamiento concreto hasta consolidarse definitivamente la capacidad de pensamiento formal. En suma, el desarrollo es progresivo, desde una incipiente comprensión de los principios que gobiernan la vida social – manifestación del declive de la etapa concreta- , en la primera etapa de la adolescencia, hasta la plena capacidad del pensamiento formal, en los años en que concluye la etapa – manifestación de la cristalización del pensamiento abstracto. Este período de creciente comprensión social y legal, justifica la existencia de capacidad de culpabilidad en la edad adolescente. Sin embargo, en la medida que ésta aún no se encuentra plenamente desarrollada, no es dable concederla en plenitud, pues no es lo mismo reprochar una conducta en un período de comprensión acabada de la realidad social, versus uno en que se van desvelando las complejidades e implicancias de su desarrollo. De ahí, que se configure un capacidad atenuada en la adolescencia.

El elemento volitivo consiste en la capacidad para autodeterminar la voluntad coherentemente con la comprensión social y legal adquirida¹³⁴. Con el desarrollo suficiente del elemento intelectual, se afirma que los adolescentes, cognitivamente, comprender el carácter injusto de su actuar; con ello basta, pues, aseverar que son imputables penalmente. El elemento volitivo viene, entonces, a llenar el espacio restante para configurar la imputabilidad en la adolescencia. Mientras en la etapa anterior a la adolescencia es inexistente la capacidad en el niño para autodeterminar su voluntad y en la edad adulta hay plenitud de autodeterminación de la voluntad, en la adolescencia –al igual que con la capacidad de comprensión legal y social- progresivamente se incrementa el pensamiento formal que trae consigo una nueva variación en la forma de entender las distintas causas de cumplimiento de la ley y un aumento de la capacidad atenuada de dirigir la voluntad. El temor al castigo deja de ser la única razón motivadora y encuentran, en la ley, otras funciones de orientación racional-beneficioso-utilitario que permite acatar o desobedecer los mandatos de la ley por la razón que estimen pertinente, evidencia de que disponen de una mayor capacidad de autodeterminar su voluntad.

¹³⁴ *Ibidem*. Pág. 23.

Jurídicamente, se exige que el sujeto cuente con capacidad cognitiva o intelectual para la comprensión del carácter ilícito de la conducta. Psicológicamente, esta capacidad se condiciona por el desarrollo del pensamiento formal; indispensable para elucubrar la existencia de comprensión de principios abstractos externos al sujeto cognoscente. Esta coincidencia jurídico-psicológica en los conceptos, conlleva a afirmar que para la comprensión de un acto u omisión en tanto daño, se requiere previamente un entendimiento del entramado social y de sus leyes. El desarrollo del elemento volitivo se encuentra condicionado por el intelectual. De manera que, la capacidad de autodeterminar la voluntad, en la adolescencia, conforme a la comprensión del carácter ilícito de la conducta, es disminuida; mientras que en el adulto es completa¹³⁵. En ese sentido, la graduación de capacidad de culpabilidad, varía conforme a ambos elementos. La adolescencia comprendida entre los doce y catorce años, se caracteriza por el incremento de la capacidad de comprender la ilegalidad de la acción ejecutada, así como la aptitud para autodeterminar la voluntad de acuerdo con tal comprensión. No obstante este incremento, cualitativamente, es distinto al de niños de inferior edad y, también, al de los adultos; continúa desarrollándose la atenuada capacidad intelectual y volitiva. Por estas consideraciones se asigna a los adolescentes capacidad de culpabilidad, en la medida que han desaparecido las razones que desaconsejan no reconocerla en éstos y, paralelamente, han entrado en el pensamiento formal¹³⁶. Con todo, el hecho de no haber concluido aún su desarrollo, vuelve inviable e injusto concederles plena capacidad, de ahí que se les reconozca una disminuida capacidad de culpabilidad.

La psicología del desarrollo ha conferido excelsos argumentos en el reconocimiento de capacidad en los adolescentes. Tanto es así, que sus postulados han devenido en *ratio legis* para la doctrina y jurisprudencia. Con un desarrollo cognitivo y moral satisfecho, pero incompleto, es concebible configurar un sistema penal que responsabilice a los sujetos provenientes de la adolescencia con las prevenciones necesarias de sus características particulares. Castigo justificado en la indispensable comprensión de que la acción u omisión es dañina para otros que conviven con el hechor en un sistema que excede sus pretensiones particulares, impulsos y deseos, y que, consecuentemente, merece un reproche que se encuentra legitimado por el complejo sistema jurídico social. Sin embargo, como

¹³⁵ ROMERO, TENA, Alfredo. La capacidad de culpabilidad del menor. Ob. Cit. Pág. 31.

¹³⁶ MARTÍN CRUZ, Andrés. Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de edad. Albolote. Comares, 2004. Pág. 237.

vimos en el primer capítulo, penas, sanciones y medidas –según la doctrina mayoritaria- requieren justificación. Prevención, en sus distintas vertientes, es la finalidad que, mayoritariamente, legitima la imposición de una pena legalmente establecida. Luego, la necesidad de justificación -conocidos los argumentos psicológicos y jurídicos que permiten sancionar a los adolescentes- en un estadio de desarrollo inacabado, parece permitir una faz que va más allá de la prevención conocida para la adultez: educación. Suficiencia cognitiva y seres en desarrollo, confluyen en la pretensión de superar la barrera que sugiere castigar con el objetivo de prevenir la comisión de nuevos ilícitos, ya sea para con la sociedad en su conjunto, o con el sujeto en particular. Superación que permitiría añadir al fin preventivo otro más eficaz, aun más humano, incluso mas conveniente, un fin educador. Sanciones y medidas servirán entonces para responsabilizar a los adolescentes y, a su vez, para educarlos en la comprensión atenuada, disminuida, del mundo jurídico, sus principios y normas.

2.4.- El enfoque psicoeducativo en la intervención de adolescentes infractores de ley.

El objetivo de este apartado es exponer los principales postulados de la intervención sobre adolescentes infractores de ley penal desde el enfoque psicoeducativo. Lejos de enfatizar en aquellos estudios referidos a las mayores expectativas de tal o cuál modelo de intervención, la pretensión se encuentra vinculada a mostrar la influencia de los hallazgos de la psicología del desarrollo en el cómo se enfrenta el fenómeno de la delincuencia en la adolescencia. El enfoque educativo, precisamente, es la expresión del abandono de las antiguas políticas de corrección que, sin embargo, no está exento de críticas. La intervención en adolescentes infractores de ley cumple con dos objetivos: uno preventivo y otro resocializador o de readaptación. El primero, asociado a evitar futuras reincidencias, se sustenta en el concepto de “trayectoria” o “carrera” delictual. Resulta importante diferenciar entre episodios esporádicos de delincuencia juvenil y aquellos comportamientos que reflejan cierta persistencia. Mientras los actos esporádicos son comprensibles dentro de la necesidad de experimentación propia de la etapa adolescente (de ahí surge su denominación como actos ubicuos); la delincuencia juvenil persistente, en cambio, se relaciona con la identificación de múltiples factores de riesgo que conspiran, según la opinión dominante, en el inicio de un hábito delictivo enfrascado en el concepto

de trayectoria delictual. Sobre éste se enfoca la elaboración de planes de intervención según un modelo previamente determinado. En este sentido, serán presentados –sin ánimo de ser exhaustivo- los principales factores de riesgo sobre los cuáles se dirigen las acciones preventivas llevadas a la práctica mediante planes de intervención, y, posteriormente, se expondrán los principales planteamientos del modelo psicoeducativo.

2.4.1. – Factores de riesgo y delincuencia juvenil.

Diversos estudios han descrito la influencia de determinados factores de riesgo en el comportamiento delictivo. Sea desde la óptica del riesgo psicosocial, sea desde la perspectiva de la eficacia de los tratamientos, en definitiva, la literatura especializada se encuentra de acuerdo en el principio de que mediante la eliminación o disminución de la fuerza con que inciden estos factores, la probabilidad de cometer delitos será reducida¹³⁷. De ahí la importancia en su identificación para efectos de elaborar planes de intervención personalizados que, según el modelo psicoeducativo, permitan influir positivamente en la prevención y reinserción de adolescentes infractores de ley.

El análisis, identificación e interpretación de los factores de riesgo se sostiene en la perspectiva del riesgo psicosocial. Su punto de partida consiste en la interacción de las características personales que aumentan las probabilidades de que los jóvenes manifiesten dificultades en el desarrollo, en concomitancia con las características del entorno inmediato y distante, junto con diversas variables (familia, comunidad y cultura) que interactúan en la generación de fenómenos como la delincuencia protagonizada por adolescentes¹³⁸. La importancia de distinguir entre episodios esporádicos de formas más persistentes del comportamiento delictivo, radica en la generación de planes de intervención; pues, los esfuerzos de prevención e intervención, de acuerdo a lo reseñado por diversos estudios, deben dirigirse a los comportamientos que revelen cierta estabilidad y que, por tanto, no sean tan sólo una manifestación propia de la adolescencia. Así, la presencia de ciertos

¹³⁷ CATENA, Ana Martínez; ILLESCAS, Santiago Redondo. Carreras delictivas juveniles y tratamiento. Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria= Revista de servicios sociales, Nº 54. Barcelona, 2013, pp. 171-183. Pág. 174.

¹³⁸ HEIN, Andreas; BLANCO, J.; MERTZ, C. Factores de riesgo y delincuencia juvenil: revisión de la literatura nacional e internacional. Santiago de Chile: Fundación paz ciudadana, 2004. Pág. 2.

factores de riesgo junto con la identificación de comportamientos persistentes, permiten focalizar la intervención mediante la construcción de perfiles de riesgo.

La literatura nacional e internacional es enfática en afirmar que la existencia de determinados factores de riesgo no significa, necesariamente, una alteración en el desarrollo esperado del adolescente; por el contrario, se trata de una estimación probabilística de que esto ocurra¹³⁹. El punto central, señalan diversos estudios, se halla en que las conductas reiterativas permiten avizorar una incipiente “carrera” o “trayectoria” criminal que, durante la adolescencia, discurre por dos caminos opuestos: por un lado, estas conductas, pueden atenuarse e incluso extinguirse facilitando una integración social armoniosa; o, en cambio, acentuarse, intensificarse, constituyendo una delincuencia crónica y un estilo de vida marginal y criminal. Según la opinión dominante, en la base de estas trayectorias, se encuentran los factores de riesgo.¹⁴⁰

Los variados artículos al respecto, posteriormente a señalar la importancia que detentan estos factores en el proceso de intervención, tienden a proseguir con su clasificación; así, en su mayoría, el concepto de factor de riesgo es obviado. Con todo, Andreas Hein, ofrece un concepto en el marco de un estudio elaborado al alero de la Fundación Paz Ciudadana, a saber: “cuando se habla de factores de riesgo se hace referencia a la presencia de situaciones contextuales o personales que, al estar presentes, incrementan la probabilidad de desarrollar problemas emocionales, conductuales o de salud. Estos problemas promueven la ocurrencia de desajustes adaptativos que dificultarían el logro del desarrollo esperado para el joven en cuanto a su transición de niño a adulto responsable y capaz de contribuir y participar activamente en la sociedad”¹⁴¹. Asimismo, el desarrollo de los individuos es un proceso complejo que involucra un sinnúmero de variables; la escuela, familia, instituciones públicas y privadas, el barrio, etc. conforman una red de sistemas interconectados que denotan la complejidad de definir la situación de “estar en riesgo psicosocial”. De ahí, también, la dificultad de concordar en cuáles son los factores más importantes a tomar en cuenta al momento de establecer un estado latente de riesgo. Teniendo como horizonte la eficacia de la intervención, Martínez-Catena y Santiago

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ DIONE, Jacques; ZAMBRANO, Alba. Intervención con adolescentes infractores de ley. Revista Señales, publicación semestral especializada en infancia y adolescencia del Servicio Nacional de Menores. Marzo, 2008, pp. 53-74. Pág. 57.

¹⁴¹ HEIN, Andreas; BLANCO, J.; MERTZ, C. Ob. Cit. Pág. 2.

Redondo, diferencian entre factores de riesgos estáticos y dinámicos. Los primeros se vinculan al pasado del individuo, o a otras características personales de difícil o nula posibilidad de modificación. Dan como ejemplo, la hiperactividad, fracaso escolar, o experiencias de maltrato en la infancia. En seguida, los segundos, corresponden a aquellos que sí podrían modificarse a través de una intervención, se refieren a cogniciones o actitudes delictivas, o hábitos antisociales. También llamados necesidades criminogénicas, constituyen habitualmente los objetivos de los tratamientos con infractores y delincuentes adultos¹⁴².

Para evitar innecesarias extensiones, optamos por reseñar una clasificación que distingue los factores de riesgo en tres grandes grupos: factores del entorno, familiares e individuales¹⁴³. Entre los primero se ubican aquellos factores ligados al grupo de pares, es decir, pertenencia a grupos de pares involucrados en actividades riesgosas; también a aspectos sociales, caracterizados por un bajo apoyo comunitario, estigmatización y exclusión de actividades comunitarias; se asocian, además, con la escolaridad, por ejemplo, bajo apoyo del profesor, alienación y violencia escolar; y, a su vez, a factores socioeconómicos y culturales como, por ejemplo, vivir en condición de pobreza¹⁴⁴. En cuanto a la pobreza, le restan una relación de causalidad directa con la delincuencia; en cambio, es ligada con medios de control más intensos que los empleados en adolescentes de medios socioeconómicos más holgados¹⁴⁵. En cuanto a los factores familiares de influencia criminógena se cuentan: deficientes niveles de afecto, falta de cohesión familiar, pobre supervisión, abandono y abuso infantil¹⁴⁶. Como factores individuales se agrupan: cogniciones antisociales del individuo, incluyendo actitudes, valores, racionalizaciones y estados emocionales favorables al comportamiento ilícito y antisocial; rasgos y factores de personalidad antisocial, tales como agresividad, egocentrismo, impulsividad, psicopatía, déficit de autocontrol y de capacidad para la resolución de problemas interpersonales¹⁴⁷; se añaden un bajo coeficiente intelectual, hiperactividad y temperamento difícil en la infancia¹⁴⁸.

¹⁴² CATENA, Ana Martínez; ILLESCAS, Santiago Redondo. Carreras delictivas juveniles y tratamiento. Ob. Cit. Pág. 176.

¹⁴³ DIONE, Jacques; ZAMBRANO, Alba. Intervención con adolescentes infractotes de ley. Ob. Cit. Pág. 57.

¹⁴⁴ HEIN, Andreas; BLANCO, J.; MERTZ, C. Ob. Cit. Pág. 3.

¹⁴⁵ DIONE, Jacques; ZAMBRANO, Alba. Intervención con adolescentes infractotes de ley. Ob. Cit. Pág. 57.

¹⁴⁶ CATENA, Ana Martínez; ILLESCAS, Santiago Redondo. Carreras delictivas juveniles y tratamiento. Ob. Cit. Pág. 176.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ HEIN, Andreas; BLANCO, J.; MERTZ, C. Ob. Cit. Pág. 3.

Andreas Hein, señala que la influencia de los factores de riesgo en el comportamiento no es directa, por el contrario: “al avanzar la investigación se ha ido descubriendo que los factores coexisten, interactúan y son mediados por una gran variedad de otras variables que intervienen en la cadena causal del desarrollo de los comportamientos problemáticos”¹⁴⁹. Así, la presencia de un factor no significa que conlleve, directa y necesariamente, a la realización de conductas delictivas; tampoco es una simple sumatoria de factores que deriven en un resultado que certeramente logre predecir un futuro comportamiento ajeno a las normas sociales y jurídicas. Características individuales pueden interactuar con elementos contextuales, así como factores familiares y escolares aumentarían las probabilidades de complicaciones en el pleno desarrollo adolescente. En suma, pueden influir tanto de manera directa como indirecta en el desarrollo de conductas problemáticas, así como de un modo próximo o distante en el tiempo¹⁵⁰. Los factores de riesgo, por tanto, potencialmente, pueden incidir en el desarrollo adolescente, sin embargo ello no significa que derive en la realización de conductas riesgosas. La relación entre factores de riesgo y conductas de riesgo es de causa-efecto, así, sin ser condición suficiente y necesaria, los factores de riesgo pueden devenir en la realización de una o varias conductas calificadas como riesgosas, entre ellas la delincuencia, el crimen y la violencia¹⁵¹. Las conductas de riesgo, sumado a la alta frecuencia de factores de riesgo en la vida adolescente -según la opinión especializada- facilitan la consolidación de trayectorias delictuales, considerando, a su vez, la compleja etapa de construcción de identidad que supone esta etapa¹⁵².

La amplitud de los factores de riesgo hace cuestionar la influencia que estos tienen sobre las conductas de riesgo tomando cuenta que en la gran mayoría de las y los adolescentes, existe, al menos, uno de ellos. La búsqueda de inmunidad o protección en contra del riesgo que suscitan estos factores, se relaciona con la presencia de otro tipo de factores llamados protectores. Así, pese a la gran cantidad de factores de riesgo a los que puede estar sometido un adolescente, se sobrellevan con factores que protegen y disminuyen la probabilidad de desarrollar comportamientos de riesgo. Cualidades personales como la resiliencia, empatía, conciencia crítica, ciertas habilidades de solución de problemas etc., junto con cualidades contextuales como relaciones sociales

¹⁴⁹ *Ibidem*. Pág. 3.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*. Pág. 4.

¹⁵² DIONE, Jacques; ZAMBRANO, Alba. Intervención con adolescentes infractores de ley. Ob. Cit. Pág. 58.

preocupadas, elevadas expectativas, oportunidades de participación significativas¹⁵³ y la presencia de figuras sustitutas significativas generan cierta indemnidad del yo frente a la elevada presencia de factores de riesgo¹⁵⁴.

2.4.2.- La psicoeducación en la intervención de adolescentes.

Emplear el concepto de conductas riesgosas derivado de la presencia conjunta de variados factores para referirse a la inadaptación y a la delincuencia juvenil, supone desestimar las explicaciones de estas conductas a partir de causas endógenas, como lo hace la teoría de aproximación biológica y, también, aquellas que las explican en virtud de exclusivas causas externas al sujeto, es decir como producto social, explicación derivada de la teoría sociológica. Habitualmente se enumeran factores personales, familiares y contextuales, esto sugiere que las corrientes que en la actualidad cuentan con más adeptos se caracterizan por excluir propuestas teóricas sustentadas exclusivamente en un elemento causal; así, un enfoque que propone planteamientos explicativos integrales y realistas del fenómeno y que, por lo mismo, cuenta con mayor representatividad científica, es el denominado enfoque conductual o interaccionista dialéctico de la inadaptación y delincuencia. Este enfoque se inspira en “una concepción integral y unitaria del hombre, a tenor de los estudios antropológicos actuales sobre el mismo”¹⁵⁵. El proceso de socialización, por consiguiente, no procede en exclusivo de componentes biológicos y psicológicos, tampoco sólo de elementos sociales externos al individuo; se trata de un proceso en que converge el medio, la sociedad y el individuo, actuando cada uno activamente como agentes participantes. El concepto de socialización del enfoque conductual, así, puede ser llamado psicopedagógico, pues cada componente influye activa y dinámicamente en el aprendizaje social.

De acuerdo con esta construcción teórica, inadaptación y delincuencia constituyen un fracaso o, al menos un desarrollo incorrecto o desviado del proceso de socialización. Así, ambos conceptos son fases de un mismo proceso, mientras la inadaptación es el

¹⁵³ HEIN, Andreas; BLANCO, J.; MERTZ, C. Ob. Cit. Pág. 7.

¹⁵⁴ DIONE, Jacques; ZAMBRANO, Alba. Intervención con adolescentes infractores de ley. Ob. Cit. Pág. 58.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ, José Vicente Merino. La " inadaptación y delincuencia juvenil" como objeto de la Pedagogía social. Pedagogía social: revista interuniversitaria, 1989, N° 4, pp. 91-106. Pág. 96.

fracaso del proceso de adaptación al medio social, la delincuencia tiene mayor gravedad porque es un perjuicio que sobrepasa al producido por la inadaptación. Sin embargo, el enfoque conductual, no sindicó al individuo ejecutor de acciones desviadas o delictivas como el único responsable en este déficit de aprendizaje; junto con la sociedad, forman una unidad de acción que, dialécticamente, conspiran en su deficitario comportamiento pro social. Es así como, desde este enfoque, se propone un cambio radical en la intervención del fenómeno, pasar de intervenciones centradas en la personalidad criminal a comprender que se trata de una carrera, de un aprendizaje social, que en conjunto con aspectos individuales, personales del ejecutor, culminan en un comportamiento ajeno a las normas sociales y jurídicas. La propuesta consiste, entonces, en el abandono de perspectivas que incluyan sólo una variable en la intervención, para reemplazarlas por otras de carácter más abierto, interdisciplinario y dinámico en las que predomine el modelo educativo¹⁵⁶. En consecuencia, el problema es socio-pedagógico-político y, por tanto, participan en él diversos y variados campos científicos.

De acuerdo con eso, José Merino Fernández, señala que “la socialización dura toda la vida, sin embargo conviene recordar que en el menor y el joven dicho proceso está más abierto e inconcluso que en el adulto. El riesgo de éxito y de fracaso o desviación es mayor consecuentemente”¹⁵⁷. En virtud de este diagnóstico, es que el autor esgrime la necesidad de reforzar la pedagogía social en la adolescencia. Así, propone que este vacío pedagógico debe enfrentarse en un proceso que cuente con dos fases: primero, reforzar y perfeccionar la dimensión social del hombre o, al menos, encauzar hacia el éxito del proceso de socialización, caso en el cual se hablaría de educación social; segundo, si pese al ejercicio educador realizado, el proceso fracasa o cae, igualmente, en comportamientos desviados, se le aporte con las herramientas suficientes para corregirlo, fase que adquiere el nombre de reeducación¹⁵⁸.

El énfasis en la pedagogía social debe ser concordado con la clara influencia que detenta la psicología al momento de determinar de qué forma o de qué modo es más conveniente intervenir el comportamiento durante la adolescencia. Es por esto que el método de intervención es denominado psicoeducativo; por un lado, comprende que las

¹⁵⁶ *Ibíd.* Pág. 98.

¹⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 101.

¹⁵⁸ *Ibíd.* Pág. 102.

características personales de los individuos influyen en las expectativas del proceso de aprendizaje social y, por el otro, otorga a la pedagogía social un relevante rol al fijar metas en la intervención de adolescentes infractores de ley. Con todo, el método psicoeducativo requiere de modelos que guíen la intervención: el más común es el modelo de intervención cognitiva, ya sea cognitiva conductual o cognitiva constructivista.

Para el modelo de intervención cognitivo conductual los comportamientos marginales y delictuales “se han aprendido por imitación y se han reforzado por la experiencia”¹⁵⁹. De tal manera que el déficit de habilidades comportamentales, debe ser paleado mediante un proceso de intervención consistente en lograr que se aprendan nuevos comportamientos -de tipo pro social- que salven las deficiencias y reduzcan los excesos de su práctica. En cuanto al modelo cognitivo constructivista, derivado de los planteamientos de Kohlberg, la intervención se basa “en el postulado de que el sentido de la ayuda mutua y de la justicia, no pueden aprenderse por sermones, sino más bien viviendo en un medio que está en búsqueda de la justicia y la democracia”¹⁶⁰. Previa evaluación de los principales factores de riesgo identificados y de las competencias socio morales del adolescente, el modelo de intervención cognitivo constructivista, tiene por objetivo construir en conjunto un ambiente democrático en donde educadores y adolescentes, en un plano de igualdad, se involucren en el aprendizaje de los principios y valores que resguardan la vida en comunidad. La diferencia con las intervenciones al amparo de instituciones reformativas, estriba en favorecer una intervención en un clima pro social, facilitado mediante la combinación del modelo psicoeducativo con uno de los modelos cognitivos.

El modelo psicoeducativo, según comentamos, tiene una concepción socio psicológica de la delincuencia, pretende, por tanto, incidir positivamente en el clima social del adolescente, con el fin de aumentar la resiliencia y la influencia de los factores protectores para disminuir el efecto de los factores de riesgo. En este sentido, tres son sus componentes centrales: “el sujeto mismo, el educador y los objetivos perseguidos”¹⁶¹. Conocido el perfil del adolescente se prepara una intervención diferencial que recoja sus principales falencias y, sobre ellas, se trate mediante un plan personalizado y multimodal. Canadá es un ejemplo de intervención en este sentido mostrando más de un 70% de

¹⁵⁹ DIONE, Jacques; ZAMBRANO, Alba. Intervención con adolescentes infractores de ley. Ob. Cit. Pág. 61.

¹⁶⁰ *Ibidem*. Pág. 62.

¹⁶¹ *Ibidem*. Pág. 69.

adolescentes que no reincidieron¹⁶²; en las antípodas se halla el caso chileno que, pese a concretar el ideal educativo en la LRPA, la intervención diferencial es obviada privilegiando intervenciones estándares.

El éxito que se ha demostrado en cuanto a la disminución de la reincidencia en países como Canadá, confieren un halo legitimador al vínculo entre educación e intervención penal. Cambiar el escenario y la forma de enfrentar el problema supone la superación de las antiguas prácticas en reformatorios sin garantía alguna para los y las adolescentes. Sin perjuicio de los evidentes avances en consonancia con la CDN, nos sigue pareciendo cuestionable aquel vínculo cada vez más legitimado científicamente. Es que de la mera identificación de factores de riesgo y protectores y el empleo de un enfoque conductual que, se supone, ha superado la lógica que obviaba variables circunstanciales y contextuales, aún nos parece que se continúa evitando un factor central al momento de realizar la evaluación: la cultura y los valores que guían estas evaluaciones, son los dominantes. Por un lado se obvia un elemento central que, ulteriormente, modifica por completo el paradigma investigativo; por el otro, permite legitimar y perpetuar una forma determinada de enfrentar e investigar el fenómeno delictivo. La crítica no es a la intervención; sí, en cambio, al uso legitimador que permite dar más créditos a la justificación de la sanción penal adolescente como una necesidad personal en clave de prevención especial positiva. Por otro lado, pensar que el éxito en otras latitudes es replicable en Chile y en otros países subdesarrollados es igual a no tomar en cuenta un sinnúmero de variables que permiten afirmar que el fenómeno, con certeza, difiere sustancialmente de acuerdo a las realidades económicas y sociales de los diversos países. En el próximo capítulo, la teoría de la configuración ideológica capitalista, será de utilidad en el análisis de estas consideraciones.

2.5. Sanción, educación y aprendizaje.

Hemos visto que en la adolescencia se producen una serie de transformaciones que conceden la legitimidad requerida para imputar delitos a sujetos que se hallen en dicho período. Cognitivamente, los cambios son significativos; siendo Piaget quien propone el

¹⁶² *Ibidem*. Pág. 60.

paso de las operaciones concretas a las formales, próximos autores critican y/o complementan sus postulados para concluir que es en la adolescencia cuando los procesos cognitivos permiten razonar fuera del campo exclusivo del “yo”. Consecuencialmente, el razonamiento moral se afirma y conceptos basados en abstracciones son aprehendidos permitiendo un desarrollo moral acorde con las exigencias de la vida en sociedad. Ambos puntos cumplen con otorgar fundamentos al reconocimiento de capacidad de culpabilidad a los adolescentes, pero, en consonancia con ello, se trata de una atenuada o disminuida; lejos de ser comparable con una conferida a quien se encuentra en un estadio pleno de desarrollo. En esta medida, la menor culpabilidad, el mayor impacto de la pena en la vida de los adolescentes y el hecho de que están en una etapa de socialización, por lo que tienen mayores posibilidades de modificar su conducta que los adultos, constituyen los fundamentos del sistema penal diferenciado. Nos ocuparemos aquí de las mayores –y mejores- expectativas de cambio conductual presente en la adolescencia, dejando de lado el mayor impacto de la pena en la vida de los adolescentes (existe abundante literatura al respecto, particularmente relacionada con la percepción del transcurso del tiempo durante la adolescencia). Pretender cambios conductuales es, evidentemente, uno de los fines de sanciones con horizontes educativos, de ahí el interés.

Tal es la relevancia de esta consideración que ciertos autores otorgan, exclusivamente, a este punto la razón de fondo para la existencia de un sistema con penas educativas. En este sentido, “la razón por la que existe un régimen penal especial para los menores de signo educativo obedece a que, 1º. Por debajo de cierta edad, más allá incluso de los veintiuno, el menor y el joven son más enderezables que el adulto de mayor edad, razón por la cual merece la pena apostar por la reeducación; y, 2º, principal ahora, por debajo de ciertas edades aunque se tiene capacidad de culpabilidad es más difícil controlar los impulsos, sobre todo si el joven se ve sorprendido por experiencias con las que no se había visto confrontado hasta entonces”¹⁶³.

Enderezar según la RAE consiste en “poner derecho lo que está torcido”, otra acepción señala que es “enmendar, corregir, castigar”. Llevado al contexto adolescente, Cuello, afirma que en esta etapa de la vida, en la adolescencia, hay mayores probabilidades

¹⁶³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad. En revista electrónica de ciencia Penal y criminología. España, 2010. [<http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-01.pdf>]. Pág. 3.

de lograr enmendar el comportamiento que en etapas evolutivas posteriores. Tras esta afirmación, dos aspectos deben ser considerados. Primero, después de cierta edad es más complejo lograr un cambio conductual efectivo y, por consiguiente, las expectativas correctivas son menos promisorias. En este sentido, diversos estudios han probado la falta de efectos positivos de las intervenciones preventivas realizadas con delincuentes adultos. De ahí el énfasis en intervención temprana, sobre todo en adolescentes, considerando que ofrecen una mayor facilidad para modificar su comportamiento¹⁶⁴. Segundo, el horizonte correctivo se sustenta en los cambios cognitivos experimentados durante la adolescencia; pues, facilitan la intervención basada en el cumplimiento de ciertas normas, valores y principios que son aceptados por la sociedad en su conjunto como permitidos y en las razones que justifican la prohibición y punición de su infracción. Sólo con tomar o captar, del mundo externo, los signos valorados positivamente, no basta; es necesario interiorizarlos, lo cual exige una serie de transformaciones o procesos psicológicos¹⁶⁵. Estas transformaciones se producen durante la adolescencia caracterizadas, fundamentalmente, por la adquisición, progresiva, de la facultad de reflexionar abstractamente, pensar sobre el pensar, o, según Piaget, el paso del período de “operaciones concretas” al de “operaciones formales”. Como vemos la afirmación de Cuello puede ser analizada desde un doble espectro: desde las mejores expectativas de una intervención a edad temprana; y desde la relación aprendizaje-desarrollo. Nos enfocaremos en la segunda, tomando en cuenta que lo que convoca a este capítulo es, entre otras consideraciones, ahondar en las razones que permiten vincular una sanción penal con pretensiones educativas desde la perspectiva de los aportes de la psicología.

La primera razón planteada por Cuello –justificante de un sistema penal especial con signo educativo- contempla dos conceptos fundamentales: enderezar y reeducar. El primero de ellos, enderezar, como vimos, implica volver a poner derecho algo, en este caso, el comportamiento adolescente. Por otro lado, reeducar, supone volver a educar; pues, el empleo del prefijo “re” importa repetición, es decir, contiene la carga valorativa de señalar que requieren volver a ser educados. Con certeza no se trata de educarlos con criterios basados en las ciencias educativas; por el contrario, configurar una afirmación compuesta por los conceptos enderezar y reeducar, alude al aprendizaje integrado por los

¹⁶⁴ VÁSQUEZ, GONZÁLEZ, Carlos. Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social (social development theories). Revista de derecho / Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia, Chile. Vol. XIV, julio 2003, p. 135-158. Pág. 136.

¹⁶⁵ POZO, J.L. Teorías Cognitivas del aprendizaje. Ediciones Morata. Madrid, 1994. Pág. 196.

valores y principios éticos con los que se rige una comunidad determinada. Surgen dos interrogantes al respecto: ¿cómo se adquieren estos valores y principios? Y ¿la adolescencia ofrece las condiciones idóneas para que aquellos sean aprehendidos?

En cuanto a la primera pregunta, existe gran variedad de teorías cognitivas del aprendizaje, nos remitiremos a un autor en particular por la vinculación contradictoria que tiene con las proposiciones de Piaget: Vigotsky. Toda su producción científica se puede condensar en lo que se conoce como enfoque socio-histórico del desarrollo humano. La biología no es el origen ni la razón, absoluta, del desarrollo humano sino la cultura. Ésta y el proceso histórico de adquisición de ciertas habilidades (que luego se convertirán en habilidades superiores) permiten el desarrollo humano¹⁶⁶. De esta manera se puede decir que el desarrollo consiste en la apropiación de objetos, saberes, normas e instrumentos elaborados por la cultura dentro de contextos de actividad conjunta socialmente definidos¹⁶⁷. Es decir, el proceso de aprendizaje se produce al amparo de la interacción con el mundo circundante; pues, cada conocimiento, sea cual fuere, proviene de un lugar determinado que, luego de una serie de procesos, es aprehendido por el sujeto cognoscente. Aquí se produce la distancia, aparente, con Piaget, pues para éste el acceso a los significados proviene de las acciones sensorio motoras individuales del niño. Para Vigotsky, en cambio, provienen del medio social externo, pero deben ser asimilados o interiorizados por cada niño concreto¹⁶⁸. Para el primero el mundo externo está compuesto de objetos cuyo significado accede el niño a partir de sus propias capacidades cognitivas; para el segundo, el mundo está compuesto de objetos y personas que median en la interacción del niño con los objetos.

Los valores y principios que confieren contenido a las normas se originan en un contexto dado. Éste es el mismo en que los adolescentes conviven y deben comprender para adecuar su comportamiento a las normas jurídicas. Para Vigotsky, todo conocimiento, se origina en un intercambio social, es decir, comienza siendo interpersonal para, a continuación, internalizarse o hacerse intrapersonal; estos valores y principios, en tanto

¹⁶⁶ PINEDA ALHUCEMA, Fernando Wilmar. La teoría de la mente en la educación desde el enfoque socio-histórico de Lev Vigotsky. Revista de Educación y Humanismo. Universidad Simón Bolívar. Barranquilla, Colombia, Vol. 13- N°20. Julio 2011, pp. 222-233. Pág. 223.

¹⁶⁷ RUIZ CARRILLO, Edgardo; ESTREVEL RIVERA, Luís Benjamín. Vigotsky: la escuela y la subjetividad. Revista pensamiento psicológico. Pontificia Universidad Javeriana. Cali, Colombia, Vol. 8 N° 15. 2010, pp. 135-145. Pág. 137.

¹⁶⁸ POZO, J.L. Teorías Cognitivas del aprendizaje. Ob. Cit. Pág. 196.

objetos cognoscibles, obedecen a este proceso de conocimiento. En este aspecto, la interacción entre aprendizaje y desarrollo expuesta por el autor ruso es radicalmente opuesta a sus predecesores. Autores como Piaget, Binet y Koffka, esgrimen una relación de escisión entre el objeto cognoscible y el sujeto cognoscente o una interacción supeditada al alcance de ciertas habilidades para adquirir ciertos conocimientos. Así, desarrollo y aprendizaje son concebidos como dos conceptos que van por vías paralelas. Vigostky, por el contrario, señala que ambos son ámbitos interrelacionados y que no dependen del arribo a un estadio en particular. Cada interacción, incluso las simbólicas, mediadas por el lenguaje, imitación y otras formas de relacionarse con otro, constituyen conocimiento. En este sentido, arguye la denominada *zona de desarrollo próximo* que “no es otra cosa que la distancia entre el nivel real de desarrollo, determinado por la capacidad de resolver independientemente un problema, y el nivel de desarrollo potencial, determinado a través de la resolución de un problema bajo la guía de un adulto o en colaboración con otro compañero más capaz”¹⁶⁹. Se trata de una zona que define aquellas funciones que se hallan inmaduras, pero que han iniciado su proceso de maduración, funciones que próximamente alcanzarán la madurez y que, en términos de Vigostky, ahora se encuentra en estado embrionario. El nivel de desarrollo real caracteriza el desarrollo mental retrospectivamente, mientras que la zona de desarrollo próximo caracteriza el desarrollo mental prospectivamente¹⁷⁰. Lejos de considerar que el conocimiento, concebido como significados, se configura llegado cierto momento específico, propone una teoría cognoscitiva en que cada interacción confiere herramientas que son interpretadas progresivamente en la vida social hasta ser captadas plenamente.

Pese a las discordancias, existe un punto en que la lejanía con Piaget y sus seguidores se torna difusa y, precisamente, se vincula con el aprendizaje de valores y principios y, por consiguiente, la adaptación del comportamiento a aquellos: la internalización. Vigostky define internalización de la siguiente manera: “llamamos internalización a la reconstrucción interna de una operación externa”¹⁷¹. En esta medida, debe ser entendida desde un doble punto de vista. Por un lado, la transformación de lo interpersonal en intrapersonal. Es decir, se trata del proceso a través del cual la persona,

¹⁶⁹ VYGOSTKI, Lev S. El desarrollo de los procesos psicológicos superiores. Ed. Crítica, Grijalbo. Barcelona, España, 1996. Pág. 132.

¹⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 134.

¹⁷¹ VYGOSTKI, Lev S. El papel del juego en el desarrollo del niño. Ed. Crítica, Grijalbo. Barcelona, España, 1979. Pág. 92.

por medio de su participación en la interacción interpersonal, demuestra en acciones las formas culturales de pensamiento, se apropia de ellas, transformando un fenómeno social en uno particular, pasando a formar parte de su funcionamiento mental intrapersonal. Por el otro, estaría la transformación del proceso sobre el que reposa la estructura y función modificándola¹⁷². Para cumplir con ambos aspectos es requisito esencial el dominio del sistema cultural, sin esto es imposible la internalización y, en consecuencia, su comportamiento no puede asimilarse al conjunto de significados y significantes aprehendidos culturalmente.

Conceder capacidad de culpabilidad exige, previamente, tener claridad sobre bases mínimas que permitan asegurar la comprensión de la norma y la adecuación del comportamiento a ésta. Sin este piso, carece de certeza y se torna insoslayable. La idea de reeducar, implica volver a educar, es decir, se asume que los adolescentes tienen las capacidades cognitivas para comprender los valores y principios que inspiran las normas de convivencia pacífica en sociedad. Pero, estas normas, que según Vigotsky se internalizan interactuando con otros, requieren de una serie de habilidades adquiridas que permitan, por un lado, una correcta interpretación interna y, por el otro, una adecuación del comportamiento con la interpretación que de estos valores y principios realizó el adolescente. De ahí, la utilidad de la propuesta piagetiana en relación con los postulados de Vigotsky, para caracterizar la potencialidad en el aprendizaje adolescente: sólo interactuando en sociedad se adquieren, comprenden, transforman e internalizan los valores y principios; pero, sin la capacidad de comprender abstractamente que se trata de elucubraciones que incumben a más personas que si mismo –pensamiento abstracto- no es dable argüir un adecuado alineamiento entre comportamiento y aprendizaje.

En síntesis, es factible señalar que los adolescentes cuentan con las capacidades para comprender el valor social de las normas infringidas. Sin embargo, en virtud de la propuesta vigotskiana, sólo mediante interacción social, potencialmente, se puede dar el conocimiento, lo que excluye a las sanciones privativas de libertad de su potencial educador. Afirmación que será extendida en próximos apartados. Con todo, e independiente de la potencialidad en el aprendizaje adolescente, dos cuestiones deben ser engarzadas para el arribo a óptimas respuestas: cuál es el contenido de estos valores y principios que deben ser aprendidos por los jóvenes delincuentes; y, no obstante, la

¹⁷² RUIZ CARRILLO, Edgardo; ESTREVEL RIVERA, Luís Benjamín. Vigotsky: la escuela y la subjetividad. Ob. Cit. Pág. 138.

potencialidad del adolescente en sí para ser continente de aprendizaje predictivo-correctivo, ¿es la sanción un medio idóneo para facilitar al adolescente una sana interacción que confiera el contenido esperado? Ciertamente, -según vimos- Beatriz Cruz, esgrime que no lo es y argumenta la necesidad del principio para apuntalar garantías; aún así, ¿esto lo justifica?

3.- Desde una perspectiva social del desarrollo.

Los adolescentes, en tanto sujetos en desarrollo, agrupan una serie de características que, potencialmente, abrigan la posibilidad de lograr cambios sustantivos en su comportamiento. Desde este punto de vista, la pretensión educativa del sistema de responsabilidad penal adolescente adquiere argumentos contundentes en su legitimación. La psicología del desarrollo aporta los conocimientos que permiten vislumbrar las dificultades y particularidades de la vida adolescente: el derrotero a la vida adulta se encuentra a medio camino y el tránsito que supone su recorrido conlleva una serie de dificultades que incluyen la comprensión de un mundo que antaño era visualizado, comprendido y aprehendido de otra forma. La transitoriedad es un espacio transformador. La adolescencia es eso, un transitar, un espacio en donde quien ingresa cambia, se modifica; los cambios son tan ostensibles que todo el raigambre cultural también cambia, o, al menos, es su percepción la que cambia. Este espacio transformador denominado adolescencia, donde física, moral y cognitivamente se producen una serie de alteraciones insoslayables, es apreciado por el derecho penal como el momento que, en tanto transformador, propicia la posibilidad de prevenir y educar; implícitamente, se trata de atajar la delincuencia, de poner coto a las dificultades que permiten el comportamiento desviado. Sin embargo, sabido es que lo transmitido por la sanción, en ningún caso, es asimilable a la educación propugnada por las ciencias educativas, se trata, entonces, de influir en aquello que fundamenta las normas de paz social: los valores, normas y principios que, aceptados por la generalidad, deben ser respetados por las personas y resguardados por el derecho. Estos valores llenan de contenido a las normas y, en la medida que la aspiración es mejorar la comunicabilidad y aprehensión de su contenido por los adolescentes, componen la aspiración educativa de la sanción. Es decir, estos valores son concomitantes a la sanción y la pretensión es que sean aprehendidos y comprendidos por sujetos con la suficiencia para conseguirlo.

No obstante la línea argumental que permite mirar con buenas expectativas el sistema penal adolescente de signo educativo, el eslabón cuestionable es aquel que sirve de base para toda su estructura: la forma en que estos valores son incorporados a la conciencia adolescente. Delinquir para los sustentadores del sistema especial, implica una elección errada en el contexto de un deficitario conocimiento de los valores amparados en las normas jurídicas. Por tanto, el proceso de comunicabilidad normativa falló, por cuanto no fue capaz de entregar el mensaje valorativo pertinente para el comportamiento esperado. Escarbando más hondo en la raíz de lo prescrito, implica que el cúmulo de conocimiento se adquiere en forma unívoca, y que, también, los valores –apriorísticamente- se arraigan independiente del contexto en que se desenvuelvan. La sencillez con que se aborda el proceso adquisitivo de valores cumple con el sesgo de la linealidad del conocimiento, esto es, existe un contenido –valores- que deben ser otorgados a un continente con las características precisas para recibirlo –adolescencia. A continuación, será expuesta una perspectiva radicalmente distinta, una que cuestiona la idea de la existencia universal de valores socialmente positivos –aceptados por la generalidad- y que cuestiona, paralelamente, la forma en que son aprehendidos. En el fondo, se trata de cuestionar tanto los valores como su adquisición desde una perspectiva social.

3.1.- La condición social de la subjetividad: de valores universales a valores situados.

La conformación de la identidad es un fenómeno complejo. Ciertamente, la adolescencia, es un campo fértil para el desenvolvimiento de todo tipo de vivencias que, intrincadamente, se albergarán en una conciencia llana a aprehender, evaluar y juzgar. En tanto, estos sujetos, potencialmente, son aptos para un aprendizaje más intenso y prolongado, la tentación por llenarlos de contenido se corresponde con la necesidad de frenar y prevenir la delincuencia juvenil. De una u otra forma se trata de influir “positivamente” en el fenómeno generador de la identidad: en la medida que la adolescencia es un período evolutivo intermedio, cuenta con el suficiente potencial como para modificar progresiva y prolongadamente el comportamiento, permitiendo un efectivo traspaso de los valores considerados indispensables para la vida en sociedad. Se trata de enseñar aquello que, en virtud del comportamiento desviado, demuestra que fue

aprehendido indebidamente y, por consiguiente, de conferir las herramientas para su correcta adecuación. Sin embargo, la lógica de fondo –aristotélica- implica deducir a partir de dos enunciados una conclusión en que aquellos no son condición necesaria de ésta. El primero, la infracción de normas penales por parte de adolescentes -en la medida que son capaces de comprender el contenido de las normas y de determinar su comportamiento conforme a ellas- supone un conocimiento deficiente del contenido valorativo de las normas y, por lo mismo, su comportamiento no es determinado según los dictámenes prescritos en ellas. El segundo, la adolescencia es un período transitorio y de transformaciones en que identidad y personalidad aún se están gestando. Al ser una etapa de conocimiento y movilidad cognoscitiva, existe mayor probabilidad de cambios permanentes y es recomendable disminuir las exigencias y otorgar las competencias valorativas para un mejor desenvolvimiento en sociedad, previniendo nuevas infracciones, permitiendo mejor comprensión de las normas y, por consiguiente, facilitando la determinación adecuada del comportamiento conforme a ellas.

Según la lógica descrita, el proceso de conocimiento –en este caso valorativo- sigue un curso lineal-deductivo. Así las esperanzas correctivas son evidentes y vale la pena añadir una función al derecho penal con ese fin. A pesar de las buenas intenciones, abordar el proceso de conocimiento desde esa perspectiva peca de ingenuo; la complejidad del conocer va más allá del silogismo inmediato tras dos premisas emanadas de fuentes confiables. De la infracción de normas penales no se sigue, necesariamente, carencia de conocimiento de los valores implicados en las normas o un desconocimiento absoluto de las mismas; se puede argüir comunicabilidad deficiente, pero difícilmente que se encuentren exentos de su conocimiento o que desconozcan los valores que las inspiran. Dos prevenciones al respecto: hablar de valores sin distinción contiene una velada carga ideológica, pues al no señalar a qué valores se refiere el conocimiento con el que se desea educar, entonces se trata de aquellos resguardados por la cultura dominante; por otro lado, junto con la existencia de otros valores, en virtud de la complejidad del tejido social, concurre una gradación implícita de valores oculta para muchos, pero latente para otros. En cuanto a la etapa de desarrollo en que se encuentran los adolescentes, de ello, independiente del avance cognitivo que supone arribar a esta etapa, el proceso en que se adquiere conocimiento es bastante más complejo que la simple pretensión de “traspasar” valores a sujeto pasivos; no son recipientes a los que se puede llenar de un determinado contenido. En este entendido, en qué consisten los valores, de qué trata la mencionada

gradación y cómo son aprehendidos de manera tal de comportarse acorde con ellos. Las respuestas no se logran en abstracto; no existe una universalidad a la cual apelar para responder taxativamente a qué valores se refiere. Por el contrario, éstas se hallan en el complejo entramado social que repercute decisivamente en la construcción de la subjetividad. La universalización de los valores es fomentada por la ciencia en la medida que sus estudios se inician en base a preguntas elaboradas a partir del comportamiento, sin cuestionar el contexto, la estructura en qué este se desenvuelve. Las variables son múltiples, las razones complejas, no se trata sólo de una buena o mala decisión¹⁷³. Por el contrario, el error está en obviar la complejidad contextual, la estructura en que se desarrollan los comportamientos, las variadas percepciones de la realidad existente, los múltiples valores que de ahí surgen y la dificultad de asociar un comportamiento a un simple desajuste conductual o valorativo.

Volviendo a las preguntas, en qué consisten los valores. En primer lugar, la pregunta nace en virtud de la ausencia de distinción relativa a qué valores son los que deben ser aprehendidos para adecuar el comportamiento. Sin perjuicio de la omisión distintiva, el vocablo valor tiene múltiples significados: el lenguaje común, diferentes disciplinas científicas, o desde la perspectiva axiológica (en sus vertientes subjetiva y objetiva) ofrecen una pluralidad de definiciones. Sin entrar en la discusión filosófica que distingue al subjetivismo del objetivismo¹⁷⁴, valga señalar que, en tanto el subjetivismo, a grandes rasgos, concibe los valores a partir de experiencias subjetivas, se le crítica que el deber ser y lo deseable se confunde con intereses consistentes en meros deseos personales. En cambio, el objetivismo al defender la independencia de los valores del sujeto por considerarlos absolutos e inmutables, se basa en unos supuestos preestablecidos “a priori”, que, en el fondo, no son más que una abstracción de experiencias subjetivas, ya que no se puede conocer la naturaleza del valor prescindiendo de lo que la humanidad ha

¹⁷³ “La delincuencia común es socialmente percibida, en el contexto del conocimiento vulgar (qué también es impactado por información de los medios y de alguna forma por la ciencia), como distribuida al azar en el territorio nacional, y como producto de conductas desviadas y simplemente criminales de actores sociales que tienen individualmente la capacidad, como se señaló, de *elegir entre el ‘bien y el mal’*, y que en consecuencia son simplemente culpables y deben ser sancionadas punitiva y drásticamente”. COOPER MAYR, Doris. *Delincuencia y desviación juvenil*. Lom ediciones. Santiago, Chile, 2005. Pág. 25.

¹⁷⁴ Los subjetivistas distinguen una doble interpretación: “(A) quienes consideran el valor como experiencia subjetiva individual: Escuela Austriaca y de Praga, y (B) quienes entienden el valor como idea trascendental: Neokantismo de Baden. En el objetivismo axiológico “el hombre no crea el valor, sino que se encuentra con su existencia en los ideales y en los objetos [...] En este fundamento axiológico, mantenido desde Platón, se insertan la Escuela fenomenológica y el Realismo del valor”. GERVILLA CASTILLO, Enrique. *Educación y valores*. Revista Española de Pedagogía. Universidad de Granada. España, 1998, pp. 399-426. Pág. 402.

considerado como tal¹⁷⁵. En suma, algunos autores consideran innecesaria la distinción considerando que tanto sujeto como objeto son condiciones necesarias del valor. En este sentido, Enrique Gervilla, sostiene que “el valor es una cualidad real o ideal, deseada o deseable por su bondad, cuya fuerza estimativa orienta la vida humana”¹⁷⁶. Primero, se refiere al valor como una cualidad. Así distingue al ser del valor, por cuanto la cualidad no es igual al ser, aunque siempre se encuentre en el ser. Se trata de una cualidad que posee sustantividad propia y requiere un depositario en el que subsistir. También, se trata de una cualidad que es deseada o deseable por su bondad; pues, el valor siempre es conocido y deseado. Asimismo, éste puede ser “deseable”, vale decir, merece la pena ser deseado por su dignidad. Finalmente, al referirse a la idea de una fuerza que orienta la vida humana, alude a que todo valor va acompañado de un deber-ser orientativo, nunca totalmente alcanzado.

Sin bien la definición de Gervilla toma en cuenta la complejidad en la caracterización del valor e innova al dejar de lado el encasillamiento subjetivista u objetivista, es criticable considerando que sus ideas centrales son, precisamente, conceptos que son difícilmente separables de aspectos subjetivos provenientes de la experiencia y, por tanto, la definición deviene en superficialmente ajena a las corrientes que pretende distinguirse. En este sentido, entre sus afirmaciones está que el valor siempre es algo conocido y deseado o, incluso, deseable por su dignidad, por su bondad. Problemática afirmación si el deseo es alejarse de perspectivas subjetivas y objetivas; primero, que algo sea conocido, supone que, *a priori*, es apetecido en tanto cumple con la significación moral permisiva para ello. Con todo, aseverar este apriorismo implica objetivar y, paralelamente, universalizar aquello que detenta el merecimiento de ser deseado o aun deseable. Aún más el rol que asume la experiencia en la construcción de la representación de “lo bondadoso”, importa subjetivarlo. No existe un comportamiento que sea universalmente calificado como bondadoso; un calificativo, antes de su empleo, es una palabra con un significado determinado, su uso varía dependiendo de las circunstancias históricas y culturales del hablante.

Por su parte, Doris Cooper, define los valores como “formas de conducta mentales y físico-sociales que son consideradas como ideales o deseables, en una cultura,

¹⁷⁵ *Ibidem*. Pág. 405.

¹⁷⁶ *Ibidem*. Pág. 406.

subcultura, contracultura e ideología, en una sociedad y en un período histórico determinado”¹⁷⁷. Al igual que Gervilla, Cooper, concibe la definición como algo deseable, en este caso, una forma de comportamiento mental o físico-social; sin embargo, la diferencia sustantiva está en ubicar aquella conducta ideal o deseable en diversas circunstancias histórico-sociales. Ajena a otorgar contenido valorativo a la definición de valor, se distancia aún más de Gervilla, al no referirse a la bondad u otro contenido similar. Esto se condice absolutamente con el carácter historicista y situado de su definición, pues al referirse a la cultura, contracultura e ideología, quiere decir que el valor no es una forma de conducta universal; por el contrario, varía de acuerdo a la situación concreta en la que se desarrolle, por consiguiente, algo considerado bondadoso puede serlo en unas culturas y en otras no. De acuerdo con esto, los valores obedecen al contexto en que se generan y desenvuelven, incluyendo condiciones estructurales, económicas y sociales que conspiran para su nacimiento. A su vez, que nazca un valor, o que se conceda contenido valorativo a un concepto, no significa que sea estático. Los valores no son ajenos a la dinámica social; se hallan en constante movimiento, cambian, devienen en otros de si mismos si las condiciones lo hacen en cierto sentido. Es decir, lo que se consideraba un valor en un determinado momento, para una determinada cultura, contracultura o ideología, puede dejar de serlo si las condiciones estructurales se mueven en otra dirección. Incluso pueden seguir siendo concebidos en tanto valor, pero su contenido cambiar o detentar otra jerarquía dentro de la escala valorativa de la época. Es por esto que la autora señala que nuestras escalas de valores difieren un poco según nuestra personalidad particular¹⁷⁸. La personalidad, entonces, está íntimamente relacionada con los valores; sin embargo, esto no quiere decir que los valores sean definidos según las experiencias personales de las personas como en el subjetivismo. La confusión se produce al entender al sujeto separado del contexto, como un ser individual, aislado, cuyas experiencias particulares exclusivas conforman progresivamente su personalidad. La subjetividad es una construcción social. La influencia del medio es determinante en la personalidad, cada aspecto de éste se refleja en la conciencia; la personalidad en este sentido, es una construcción compleja de múltiples contenidos emanados del mundo sensible que son aprehendidos en un proceso conjunto en que recepción y construcción se desarrollan uno en función del otro. La

¹⁷⁷ COOPER MAYR, Doris. Delincuencia y desviación juvenil. Ob. Cit. Pág. 215.

¹⁷⁸ “En mi caso, ser creativo e innovador, e incluso rebelde o contestatario, me parecen valores hermosos, porque la ciencia implica muchas veces refutar aspectos de lo establecido como “verdad”, y en consecuencia rebelarse, y también ser creativo, porque no se puede simplemente criticar, sino que hay que ser capaz de proponer innovaciones, en lo posible más cercanas a la “verdad” (humana) de la (R), es decir, a la realidad”. Ibidem. Pág. 215.

dicotomía sujeto y exterioridad es ilustrativa de los valores entendidos en términos universales. En este caso, la subjetividad –más amplia que la personalidad- se crea, cambia, desarrolla en virtud del contexto en que se desenvuelva. Con todo, no se trata de que determinados factores externos particulares y abstractos influyan de afuera hacia adentro en la subjetividad; pues, estos factores también son construcciones históricas estructurales que alejándolos o acercándolos no cambian la estructura general que marca el contenido valorativo de un comportamiento. El concepto de internalización en Vigotsky refleja esta construcción simultánea y dinámica. En éste el sujeto interioriza los componentes de la realidad social sin disociar conciencia y exterioridad, al sujeto del objeto: aprehende el medio en tanto sujeto también configurado en el medio y, por tanto, indisociable de su contenido. En otros términos, la internalización del mundo exterior – entre ellos los valores- no es un proceso pasivo de recepción de contenido externo; por el contrario, es un proceso dinámico de construcción en que lo percibido es transformado y, paralelamente, el sujeto deviene en otro de si mismo¹⁷⁹.

Esta perspectiva abre la posibilidad de pensar los valores como formas de conducta en que el calificativo ideal o deseable varía de acuerdo a las concepciones de los sujetos que componen una cultura, contracultura o ideología determinada, es decir, en los términos propuestos por Doris Cooper. Por tanto, la comprensión unívoca y la determinación de la conducta de acuerdo a valores universales se desdibuja; pues, existen tantos valores como culturas, contraculturas e ideologías se desenvuelvan en un momento histórico determinado. Se puede refutar que, independiente de los valores que caractericen a grupos intermedios, existen comportamientos que son universalmente valorados como positivos y, en consecuencia, el derecho penal debe resguardar el cumplimiento de las normas que los garantizan y castigar su infracción. Sin embargo, el dinamismo social deforma lo que alguna vez fue objetivado, disgregándolo y alterando, a su vez, sus interpretaciones. Los valores, en consonancia con lo expuesto, no son ajenos a esta realidad: en consecuencia, no existe un grupo de valores considerados esenciales universalmente. Por otro lado, el hecho de que existan valores conocidos por la generalidad no significa que sean graduados por

¹⁷⁹ “El nivel psicológico de explicación demanda la puesta extensión de los fenómenos inescindibles, pero no idénticos, psico-fisiológicos –y también intra-, extra- e inter-psicológicos-, y, a la vez, requiere un análisis de componentes que serán restituidos para construir una explicación adecuada en una unidad compleja de conjunto. Un equívoco fatal en los abordajes psicológicos, dice Vigostky, consiste en escindir los fenómenos que se procura explicar; por ejemplo, las formas de conciencia y las condiciones generales, complejas y de conjunto de las que tales formas son parte inescindible y no epifenómeno”. CASTORINA, José Antonio; BAQUERO, Ricardo. *Dialéctica y psicología del desarrollo: el pensamiento de Piaget y Vigostky*. Amorrortu editores. Buenos Aires, 2005. Pág. 171.

todos de la misma forma. Incluso conocidos y comprendidos los pretendidos valores universales, su interpretación y lugar en la escala de valores no necesariamente es la misma que la hallada en la cultura dominante. En este sentido, Doris Cooper, propone una ética de los menores ladrones: valores consistentes en formas de conducta ideal o deseable de una contracultura. De manera que, “ser ladrón implica haber internalizado a nivel psicosocial una escala de valores contraculturales, cuyo principal valor es tener una identidad contracultural correspondiente a ser ladrón, trabajar como ladrón, vivir del robo, jamás trabajar formalmente ni tener patrón, tener horarios de trabajo, áreas ecológicas para trabajar, y cumplir con todos los valores de la ética, para lograr ser reconocido y respetado por los otros ladrones como ladrón”¹⁸⁰A su vez, una contracultura es una forma de desenvolverse en el mundo social en base a principios y valores propios, contrarios a los de la cultura dominante. Así, la contracultura no sólo funciona en base a oposición, sino que tiene un lenguaje en común, códigos éticos, incluso, un código penal propio¹⁸¹.

Dejando en claro que convive una multiplicidad de valores y, por consiguiente, que la existencia de valores en un sólo sentido no es otra cuestión que una afirmación con sesgo ideológico de cultura dominante, el panorama se complica aún más cuando se trata de adolescentes. En un contexto de constantes cambios, en donde la identidad se forma de múltiples formas, donde las metas de éxito asociadas al consumismo se han erigido como un tótem inexpugnable, la identidad se convierte en una cuestión más al amparo de la volatilidad de la ética capitalista. Los valores en este contexto suelen entrar constantemente en crisis; algunos desaparecen, otros pasan a ser considerados más o menos importantes, incluso surgen nuevos valores. Este proceso se denomina crisis de valores y valores emergentes. Con la expresión *valores emergentes* Gervilla Castillo se refiere “al conjunto de nuevos valores que de modo progresivo se van generalizando, en un momento histórico determinado, en armonía o en pugna con los vigentes. La novedad de esta emergencia es múltiple, pues puede residir en el nacimiento de valores no existentes, o también en un cambio de sentido o intensidad de algunos ya vigentes”¹⁸². Los adolescentes, la juventud en general, son más proclives a los nuevos valores, a desconsiderar los antiguos y a formar su identidad en base a ellos. La volatilidad de los conceptos y la velocidad de los cambios

¹⁸⁰ COOPER MAYR, Doris. Delincuencia y desviación juvenil. Ob. Cit. Pág. 216.

¹⁸¹ “La contracultura del hampa se caracteriza porque tiene un Código Ético propio, un código penal propio, un lenguaje como el Coa, una estratificación social propia, códigos de prestigio social distintos, roles laborales especializados, metras sociales propias, etc.” *Ibidem*. Pág. 29.

¹⁸² GERVILLA CASTILLO, Enrique. Educación y valores. Ob. Cit. Pág. 409.

obligan a una acelerada adaptación que, de no conseguirlo, conlleva frustraciones que alejan de los grupos mayoritarios formando identidades marginales. En este sentido, algunos valores comienzan a desaparecer, otros a subvalorarse y, paralelamente, nacen nuevos valores¹⁸³. Al ser los jóvenes quienes tratan directamente con este conjunto de valores, son quienes más los defienden; pues, los vivencian, se desarrollan en base a ellos, son parte de su subjetividad. Para ellos no se trata de una crisis, es su mundo, y el choque generacional se produce con las generaciones que vivenciaron otro modelo valorativo. La contracultura es una manifestación de la crisis de valores y del advenimiento de valores emergentes. No obstante, en un mundo de transformaciones constantes, en donde la meta del éxito otorga confianza y sentido, la pobreza, la carencia, la marginalidad se hace más cruda. En estos casos, las pandillas, los grupos marginales ajenos absolutamente a los valores de la cultura dominante, se constituyen como una alternativa de dignidad, de inclusión, de sentido en un contexto de frustración y exclusión¹⁸⁴. Acogen el lenguaje común, el código ético y el comportamiento que les concede prestigio social.

Evidenciando la multiplicidad de valores y mostrando la complejidad de su aprehensión, cabe preguntarse por la factibilidad de educar conforme a valores universales. Calificar la adolescencia como una etapa intermedia o de tránsito, a partir de la evidencia expuesta en este capítulo, hace que, *a priori*, parezca un campo fértil para informar a aquellos seres que adolecen de la suficiente madurez para comprender en su integridad los principios que protegen la vida pacífica en sociedad. Atajar el comportamiento desviado, propiciando cambios conductuales, cumple con el rol preventivo del sistema de responsabilidad especial de signo educativo manifestado en la sanción. El contenido difuso de la sanción educativa, sólo puede estar asociado a los valores que imprimen legitimidad al castigo propio del derecho penal; pues, en tanto castigo, no es dable asociarlo a otro tipo de contenido. Una primera conclusión, por tanto, es que la propuesta basada en la potencialidad en el aprendizaje, confunde el contenido educativo de la sanción con su función garantista; pues, lo vinculan con las mayores y más intensas garantías que caracterizan la responsabilidad penal adolescente. Tampoco el contenido se asocia con las mejores perspectivas en el proceso de reinserción. Ambas propuestas se enfocan en la ejecución de la sanción, no así en su contenido lo que constituye un error epistemológico.

¹⁸³ “A partir de este momento los distintos estudios sociológicos nos indican la desaparición o minusvaloración social de un conjunto de valores, así como el nacimiento y aumento progresivo de otros”. *Ibidem*. Pág. 409.

¹⁸⁴ COOPER MAYR, Doris. *Delincuencia y desviación juvenil*. Ob. Cit. Pág. 109.

La razón de sancionar a los adolescentes radica en que -en virtud de los conocimientos aportados por la psicología del desarrollo- éstos han alcanzado las facultades cognitivas suficientes para razonar en términos abstractos -Piaget- y, en concomitancia con el medio social, aprender e internalizar los principios que constituyen las bases de las instituciones que garantizan la vida en sociedad -Vigotsky. Es decir, son capaces de comprender el contenido de las normas jurídicas y de adecuar su comportamiento conforme a ellas, por tanto, pueden ser culpables de delitos. Con todo, se trata de una culpabilidad inferior, disminuida, en relación a la de los adultos; aún se encuentran en un estadio intermedio de desarrollo. Así, una segunda conclusión, es que el contenido de la sanción educativa consiste en el conjunto de valores considerados relevantes y que son manifestados en abstracto en las normas penales; pues, en la medida que los adolescentes son reconocidos como sujetos de derecho y, por consiguiente, pueden ser culpables penalmente, se desprende que la intención educativa dice relación con un horizonte de reinserción en un contexto reeducador. El uso del prefijo “re” importa adecuación a los dictámenes que facultan para insertarse cómodamente en sociedad, sin infringir normas, cumpliendo las obligaciones y comportándose en tal sentido, es decir, volver a insertarse pacífica y responsablemente. En suma, la pretensión es volver a educar, tomando en cuenta que algo falló en la comunicabilidad de los valores que informan a las normas penales.

Precisamente, en este constructo teórico, el déficit en el proceso comunicativo sería el responsable del comportamiento desviado. La razón, por tanto, en el desajuste conductual, se encuentra en la falta, errónea o deficiente aprehensión de los valores que manifiestan las expectativas que tiene la sociedad respecto de sus integrantes. Es la capacidad de su comprensión en abstracto, presente en la adolescencia -confirmado por la psicología del desarrollo- lo que faculta para exigir un comportamiento acorde con los valores contenidos en las normas so pena de sufrir un reproche en caso de contravención. Así, en virtud de esta capacidad, es que se les reconoce como sujetos de derecho y, debido a sus mayores probabilidades de cambio conductual, son sometidos a una sanción con características especiales: la educativa. La pregunta que surge es si con la reducción de la responsabilidad a una cuestión meramente personal -libre albedrío- se reconoce realmente a los y las adolescentes como sujetos de derecho. A nuestro juicio, es cuestionable, pues, al esperar la misma respuesta de todos los integrantes de la comunidad se obvia, ente otras cosas, la pluralidad de valores existentes en la sociedad, así como también, la diferente graduación que de éstos se realiza; la expectativa respecto a un modelo de persona ideal

implica una escisión del desenvolvimiento real de los seres en el mundo social. Con mayor razón en el caso adolescente, tomando en cuenta el incipiente conocimiento normativo, más la avidez por nuevas experiencias. Lejos de lograr el ansiado reconocimiento como sujetos de derecho, en realidad, son cosificados¹⁸⁵, despersonalizados, debiendo, sin más, ajustarse a un sistema social que no reconoce, efectivamente, sus diferencias, autonomía y dignidad. En similares términos, Bustos señala: “ahora bien, cuando el problema se aborda desde la consideración de una persona a la que se le presupone el libre albedrío, como lo hace la teoría normativa de la culpabilidad, se está partiendo de una persona ideal, por tanto inexistente y, por supuesto, también fuera del sistema social ante el cual tiene que responder por haber cometido un delito. En definitiva, se estaría planteando en cada caso el problema de la responsabilidad al margen de la persona concreta y con ello dejando en el plano de meras declaraciones retóricas los derechos fundamentales de la persona frente al Estado”¹⁸⁶. Algunas preguntas que surgen de estos cuestionamientos y que serán resueltas en el próximo capítulo son: ¿existe suficiente legitimación para la imposición de una sanción penal adolescente? La educación como horizonte de reinserción ¿es un fundamento suficiente para el *ius puniendi estatal*?

Por otro lado, velar por una educación en valores sin distinción, tiene un tinte ideológico (aspecto que será tratado íntegramente en el siguiente capítulo); al no distinguir la multiplicidad en este campo, se infiere que en el fondo los únicos valores relevantes son aquellos pertenecientes a la cultura dominante. En este sentido, abordamos el problema desde un punto de vista complejo, es decir, los valores, su contenido, jerarquía, escala etc. se constituyen a partir de un contexto determinado. Se trata de valores situados, que son aprehendidos por sujetos que habitan un espacio, y que, en conjunto con éstos y las circunstancias que los rodean, conforman una subjetividad compleja e imposible de abordar apriorísticamente. Por tanto, a modo de tercera conclusión, independiente de que la adolescencia sea una etapa llana para el aprendizaje, pretender educar en valores sin aproximarse a la complejidad social en que estos han sido puestos en duda, se vuelve

¹⁸⁵ “Para la teoría dogmática tradicional el problema de la responsabilidad del sujeto simplemente se reduce a una cuestión de la persona, que se ha de resolver en un momento posterior al examen del injusto en la categoría llamada culpabilidad. De esta forma, la culpabilidad aparece como un atributo de la acción y como un simple elemento reductor de la misma. Ello trae como consecuencia la cosificación de la persona, en definitiva que se le vea completamente despersonalizada, como un subsistema sometido a sistema social”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Nuevo sistema de derecho penal. Editorial Trotta. Madrid, 2004. Pág. 125.

¹⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 126.

estéril. La escisión entre la pretensión de lo que se espera de los adolescentes y lo que estos están siendo en su contexto, quita credibilidad al horizonte educativo. Cómo entregar valores, si hay condiciones que exceden a la consideración en abstracto de evaluar un comportamiento como bueno o malo. No se trata de una simple elección; un buen o mal comportamiento no puede esbozarse sin aproximarse al contexto en que se desarrolla. Sin embargo, valga prevenir que de estas afirmaciones no se deduce que no deba educarse en valores –aunque es una opción legítima- se trata de que, en caso de pretenderlo, deben considerarse las razones históricas y estructurales que llevan a una persona a comportarse de acuerdo a una escala valorativa distinta.

CAPÍTULO III

DE LA NECESIDAD DEL PRINCIPIO EDUCATIVO EN EL DERECHO PENAL JUVENIL A UNA CRÍTICA POLÍTICA DEL MISMO

El paso de un sistema tutelar al actual sistema de justicia o de responsabilidad, en que los adolescentes son reconocidos como sujetos de derechos en el marco de la CDN y otros tratados afines, las características del proceso, implicancias, su devenir en el sistema especial de signo educativo –donde el principio educativo asoma como un eje configurador- fue expuesto en el capítulo primero. En tanto, el segundo, tuvo como objeto exponer, en primer lugar, cómo es concebida la delincuencia tanto por la psiquiatría, como por la psicología; luego, pasamos a efectuar una revisión de los principales postulados de la psicología del desarrollo en relación con el fenómeno delictivo; y, finalmente, desde la perspectiva de la psicología del aprendizaje, la argumentación giró en torno a cuál es el horizonte esperable en una educación basada en valores y, particularmente, una asociada con el derecho penal. Ambos capítulos cumplen una función introductoria del presente.

El fin último de este trabajo es ofrecer una crítica al derecho penal adolescente a partir del análisis de uno de los principios más importantes –sino el más- en el entramado teórico-práctico de la justicia juvenil: el principio educativo. El primer capítulo, entrega los antecedentes del derrotero que tuvo que seguir la justicia juvenil hasta alcanzar su crisol en el actual sistema de responsabilidad especial; el segundo, indaga en los conocimientos provenientes de la psicología del desarrollo, empleados por la criminología y plasmados, finalmente, en diversos cuerpos legislativos relativos a la materia, en el caso chileno, la Ley N° 20.084. En este capítulo, partiendo de las afirmaciones realizadas en los dos capítulos anteriores, se criticarán las bases sobre las que se erige el sistema de responsabilidad penal adolescentes. Particularmente, la sanción, será objeto de críticas desde distintos puntos de vista: político criminal, fines de la pena e ideológico. Finalmente, sobre la exposición, primero de antecedentes, luego, de la crítica de los mismos, se efectuará una toma de postura.

1.- Sobre el concepto de Política criminal.

La política criminal, en tanto concepto, encierra cierta complejidad que es preciso dilucidar previo a su análisis en el contexto adolescente. Exponer un concepto absoluto de política criminal sería pasar por alto las variaciones que éste ha manifestado desde su aparición hasta la actualidad. No obstante, su noción, campo de acción y relación con la dogmática penal siempre se ha referido, de una u otra forma, a la actividad estatal relacionada con la criminalidad, ya sea para prevenirla o para reprimirla¹⁸⁷. Junto con las variaciones históricas del concepto, actualmente, los autores no están contestes sobre su contenido. Para Juan Bustos, “la política criminal es el poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad y por tanto de dirigir y organizar el sistema social con relación a la cuestión criminal”¹⁸⁸. Es decir, Bustos, no efectúa una distinción *ex ante*, de las finalidades de la política criminal. Por el contrario, el componente político se halla en la definición de los procesos criminales producidos dentro de la sociedad, en un primer momento; y, luego, en la organización del sistema social –entendido integralmente- en relación a estas definiciones. En este sentido, el autor, fija la relación entre bien jurídico y política criminal como inseparable; pues, la definición del primero, desvela el contenido político tras la determinación de lo injusto y, a su vez, la organización que se teje a partir de ella¹⁸⁹.

Por su parte, Emiliano Borja, refiriéndose al concepto de política criminal desde la obra de Claus Roxin, señala que “la política criminal adopta una singular posición intermedia entre ciencia y configuración social, entre teoría y práctica. Por un lado, se basa como ciencia en el conocimiento objetivo del delito en sus formas de aparición jurídica y empíricas; por otro lado, pretende como clase de política, llevar a cabo ideas e intereses concretos”¹⁹⁰. Para Roxin esta ambigüedad entre teoría y práctica explica el que todas sus tesis sean extremadamente discutibles y que la orientación dominante cambie con frecuencia. Según Emiliano Borja, los planteamientos de Roxin encuentran una primera

¹⁸⁷ RIVERA QUESADA, Lilliana. El fin de la política criminal en un estado republicano de derecho. Humanismo y Derecho penal. Editorial Jurídica continental. San José, 2007. Pág. 461.

¹⁸⁸ BUSTOS, Juan citado por GUZMÁN GONZÁLEZ, Patricia; RODRÍGUEZ SERPA, Ferney. La política criminal y la función preventiva de la sanción penal. Revista de Justicia. Universidad Simón Bolívar. Barranquilla, Colombia, N° 14. Diciembre, 2008, pp. 61-70. Pág. 62.

¹⁸⁹ “Pero, en todo caso, también estos criterios son fundamentales para la determinación de lo injusto, con ello se ve hasta qué punto todo el derecho penal tiene como sustrato ineludible el amplio campo de la política criminal. Política criminal e injusto son términos inseparables”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Bases críticas de un nuevo derecho penal. Editorial jurídica Conosur. Santiago, 1994. Pág. 94.

¹⁹⁰ ROXIN, Claus citado por BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Volumen LVI, 2003, pp. 113-150. Pág. 120.

inspiración en Von Liszt, quien concibe la política criminal como el conjunto de métodos de que dispone el poder público para hacer frente a la criminalidad. La referencia se halla en virtud de que, Von Liszt, relaciona la política criminal con el derecho penal; entendiendo a éste último como el encargado de limitar el poder punitivo del Estado para evitar los excesos de una política extrema contra la criminalidad. Según Emiliano Borja, Roxin amplía el concepto propuesto por Von Liszt, esgrimiendo que una política criminal que observa en el derecho penal su límite externo, es inconcebible en un Estado democrático de derecho. Una política criminal democrática incorpora el haz de garantías provenientes del derecho penal, de lo contrario la elucubración de políticas podría llegar a excesos indiscriminados, chocando frontalmente con los principios y garantías presentes en el sistema jurídico penal¹⁹¹. El sello característico de la política criminal propuesta por Roxin es la ampliación de su objeto: la política criminal limita su ejercicio por su propia función, dejando de preocuparse exclusivamente en el conjunto de métodos para enfrentar la criminalidad y enfocándose en la persona que perpetra el delito. De esta forma, el modo de enfrentar la criminalidad, para Roxin, es la prevención del delito. Rechaza las teorías que fundan la sanción penal en la retribución del delito; pues, la función última del derecho penal es, en Roxin, proteger los bienes jurídicos más relevantes para la coexistencia social. Así, para posibilitar la convivencia humana se vuelve imperioso proteger estos bienes jurídicos indisponibles en términos subsidiarios; no retribuyendo, en exclusiva, el mal causado, sino que otorgando objetivos, finalidades, a la pena que se enfoquen en la prevención de delitos, ya sea a través de la prevención general o de la prevención especial, como una consecuencia jurídica fundamental del injusto culpable¹⁹². Sin embargo, enfatiza Emiliano Borja, Roxin concibe de manera distinta a la visión tradicional las formas de fundamentar la pena basadas en la prevención general y especial. De manera que, “la primera más que intimidatorio es concebida positivamente (en el sentido de que el resto de la ciudadanía continuará respetando el ordenamiento jurídico al comprobar que el funcionamiento de las instituciones del sistema penal facilita la paz social frente

¹⁹¹ “Entendida así, la Política Criminal ya no puede frenarse por barreras externas como del Derecho penal, el Derecho procesal penal o el Derecho constitucional, sino que se restringe desde su propia función. Pues al igual que hablamos de una Política Criminal que le corresponde al Estado liberal, también podemos considerar una política Criminal propia del Estado social y democrático de Derecho. Y en consecuencia, también desde la perspectiva de la misma Política Criminal, los principios clásicos del Derecho penal entran a formar parte de su estructura fundamental”. *Ibidem*. Pág. 126.

¹⁹² “Y en efecto, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos que se le atribuye al Derecho penal, aparece como uno de los fundamentos político-criminales del entero sistema jurídico, en la medida en que sólo es legítima la reacción del poder punitivo del Estado ante comportamientos que violen valores o condiciones sustanciales de libertad de los individuos necesarios para el mantenimiento de la pacífica vida social”. *Ibidem*. Pág. 127.

insoportables perturbaciones). Y la prevención especial, en esta misma línea de pensamiento, quedaría contemplada más bajo los aspectos de la reintegración social del individuo, intentando recuperarlo para la comunidad, que tras la faz negativa que vería en la ejecución de la condena un escarmiento para evitar futuras reincidencias. Es así como se pretende buscar ese difícil equilibrio en la lucha contra el crimen, entre la libertad y respeto a las garantías del individuo, y seguridad ciudadana”¹⁹³.

En cambio, para Baratta, la política criminal es un concepto complejo y problemático. Es complejo porque “mientras su finalidad es unívoca, su instrumental resulta indeterminable porque es definible sólo en términos negativos, a través de instrumentos penales, de un lado, e instrumentos penales del otro”¹⁹⁴. En cuanto a su finalidad, refiere que es unívoca en la medida que, antes del desarrollo en el estudio de la victimología, ésta se enmarcaba, exclusivamente, en el entendido de controlar la criminalidad¹⁹⁵; a partir del mentado desarrollo, y de la preocupación sobre las necesidades de la víctima, se extendió hacia el control de las consecuencias del crimen, además de su prevención. En cuanto a la construcción de modelos operativos de control, Baratta, señala que las variables examinadas -en su elaboración- dependen de la posición teórica adoptada. Así, en niveles bajos, ubica a la criminología administrativa; en un nivel superior, a la criminología etiológica; y, en el escalafón más elevado, a la criminología crítica, en la medida que toma en consideración el paradigma del “etiquetamiento” y, también, extiende la finalidad de control hacia las consecuencias¹⁹⁶.

¹⁹³ ROXIN, Claus citado por BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. Ob. Cit. Pág. 129.

¹⁹⁴ BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad y la política social. En Delito y seguridad de los habitantes. Coordinador, CARRANZA, Elías. Editorial Siglo XXI, programa Sistema penal y Derechos humanos de ILANUD Y Comisión Europea. San José, Costa Rica, 1997. pp. 80-95. Pág. 80.

¹⁹⁵ En ese sentido Feurbach la definía como: “[...] el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen”. Así, la política criminal era percibida como “[...] un sector de las políticas totales del Estado, que tiene por objeto establecer cuáles conductas selecciona para sancionar, cuáles conductas son dignas de ser adecuadas a una determinada sanción. Así pues, es parte de la política del Estado destinada a enfrentar el problema de la criminalidad; directrices entorno a cómo enfrentar el fenómeno de la criminalidad, como resolver los conflictos de la criminalidad”. FEUERBACH, citado por GONZAGA FLORY, Jeffrey Gabriel; JIMÉNEZ POBLETE, Carlos Manuel. Análisis de los criterios de oportunidad en las políticas de persecución penal del ministerio público en concordancia con el principio de igualdad. Tesis de graduación para optar al cargo de licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Octubre, 2010. [<http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/An%C3%A1lisis-de-los-Criterios-de-Oportunidad-en-las-Pol%C3%ADticas-de-Persecuci%C3%B3n-Penal-del-Ministerio-P%C3%BAblico-en-concordancia-con-el-Principio-de-Igualdad.pdf>]. Pág. 23.

¹⁹⁶ BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad y la política social. Ob. Cit. Pág. 81.

Para el jurista y sociólogo italiano, la política criminal, no es solamente un concepto complejo; es también un concepto problemático. Considerando que, en este caso, la base conceptual es la criminología crítica, las variables que influyen en el modelo de control son ostensiblemente más amplias que las presentes en los modelos prácticos de la criminología administrativa. La criminología crítica (por ahora sólo será mencionada; ulteriormente se entrará en su detalle) amplía el panorama que influye en la comisión de delitos; de tal manera que, al volver más complejo el entramado en virtud del cual se abordan los delitos y sus consecuencias, igualmente, amplía el horizonte de los instrumentos de control. La amplitud reseñada deviene en indeterminación teórica, pues “en sus niveles más altos de elaboración política criminal, en cuanto género, es como un universo mucho más complejo de la especie ‘política penal’”¹⁹⁷. Lo problemático se desvela al momento de advertir que, desde la perspectiva de la criminología crítica, la línea divisoria entre la política criminal y la política en general y otras de sus especies, se desvanece o, al menos, no se presenta de un modo claro. Según Baratta, para distinguirlas hay que abandonar la finalidad objetiva o función social y, en cambio, recurrir a la finalidad subjetiva, es decir, “a la intención de los actores que ponen en práctica; en el mejor de los casos, podríamos apelar también a los recursos institucionales escogidos por los actores y a las partidas que señalan capítulos relativos en el presupuesto público”¹⁹⁸. En suma, las decisiones provenientes de políticas para implementar tal o cual programa, no emanan de una objetividad funcional; sí, en cambio, de la intención de los actores, legisladores y administradores que han creado las correspondientes etiquetas institucionales.

Baratta, sustrae de la política criminal, el supuesto componente objetivo en virtud del cual se determinan los modelos de actuación. De ahí que señale un tercer aspecto de la política criminal: “la contraposición entre política de seguridad y política social no es lógica sino ideológica”¹⁹⁹. Así, la pretensión de realizar una elaboración conceptual que permita delimitar el ámbito político criminal, es vacua; en vez de esclarecer, confunde e impide delimitar claramente los conceptos de seguridad y política social. Asimismo, en tanto ideológica y bajo un manto de razón técnica, esconde sus reales pretensiones: “servir

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ *Ibíd.* Pág. 82.

de instrumento de legitimación y reproducción de la realidad social”²⁰⁰. La política criminal, considerada como ideología, es fundamental para el horizonte crítico del presente trabajo, es por eso que tendrá un apartado exclusivo.

1.1.- Política criminal para adolescentes.

Sin que se haya pormenorizado en cuáles son las huellas conceptuales seguidas en la determinación de la política criminal correspondiente a jóvenes o adolescentes, ésta se ha enfocado, fundamentalmente, en adecuar, en mayor o menor medida, la legislación interna con lo preceptuado en la CDN y otros instrumentos internacionales. Recordemos, como se afirmo en el primer capítulo, a partir del cúmulo de tratados internacionales relativos a la materia, el sistema penal adolescente debe cumplir con dos importantes objetivos (que en alguna medida entran en tensión entre sí) desde la óptica político criminal: “1. Proteger los intereses individuales y sociales más importantes, por su vinculación con los derecho humanos de las personas, esto es, los “bienes jurídicos”, previniendo los delitos que atentan en contra de esos intereses, por medio de las sanciones y salidas procesales adecuadas para ello; 2. Limitar la intervención penal en contra de los adolescentes, por medio de garantías derivadas de sus propios derechos humanos”²⁰¹.

Así, tanto el panorama de América Latina como el de Europa presenta una dinámica de reformas en ese sentido, sobre todo, a partir de comienzos del presente siglo. Con todo, no existe un consenso absoluto en el orden político criminal referido a los adolescentes; por ejemplo, en el caso europeo, coexisten países con leyes especiales adecuadas al conjunto de instrumentos internacionales con otros que detentan una impronta asociada a perspectivas represivas. Sin ser la pretensión abordar extensamente la política criminal para adolescentes de América Latina y Europa, se realizará una remisión breve con el objetivo de asociarla a alguno de los conceptos de política criminal señalados en el punto anterior.

A partir de los hallazgos de la psicología del desarrollo, incorporados por la criminología evolutiva, la política criminal diseñada para adolescentes, tuvo por finalidad

²⁰⁰ *Ibíd.*

²⁰¹ COUSO, Jaime. La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084. Documento de trabajo N°12, Defensoría Penal Pública, Unidad de defensa penal juvenil. Marzo, 2008. Pág. 6.

el control social asentado en las particulares características de los sujetos involucrados. Tomando en cuenta estos antecedentes, la acción correspondiente al Estado no debe ser genérica –en los mismos términos que un adulto sujeto al derecho penal general-, sino que específica; es decir, el asunto debe ser resuelto en el contexto de la criminalidad juvenil²⁰². El reconocimiento de la adolescencia como realidad sustantiva, distinta a la niñez y a la adultez, fue el impulso que, al amparo de la CDN y otros instrumentos jurídicos derivados de ella, permitió iniciar un proceso generalizado en América Latina con miras a la superación del anquilosado modelo tutelar²⁰³. En ese sentido, la política criminal fue definida por los preceptos de estos instrumentos, manifestada entre otros aspectos como: reconocer a las personas menores de dieciocho años todas las garantías que les corresponde a los adultos en los juicios criminales (principios de legalidad de las penas, de necesidad y de intervención mínima, de proporcionalidad y de culpabilidad); sumando, a su vez, las garantías específicas derivadas de su condición peculiar de sujetos en desarrollo, estableciendo sanciones diferenciadas, medidas privativas de libertad como última alternativa, distinción de franjas etarias para la duración máxima de la sanción, etc.²⁰⁴

Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina se forjaron en dos sentidos: aquellos que incluyen el sistema de responsabilidad penal juvenil en códigos integrales de derechos de niños y adolescentes (Brasil, Perú, Guatemala, Honduras, Bolivia, Paraguay, República Dominicana, Venezuela, Uruguay, Colombia) y los sistemas de justicia juvenil en leyes específicas (El Salvador, Costa Rica, Panamá y Chile). Independiente de la forma adoptada, en el fondo, se legisló en base a los dictámenes provenientes de la CDN; es decir, frente al fenómeno de la delincuencia juvenil la política criminal en virtud de la cual se diseñó el método de acción, tiene como sustento los postulados de carácter internacional que, en su mayoría, los países de América Latina incorporaron de una u otra manera. En cuanto a las consecuencias jurídicas de la declaración de responsabilidad penal de los adolescentes, éstas consisten en sanciones enfocadas en la reintegración y reinserción social siendo denominadas, comúnmente, como “medidas socioeducativas”²⁰⁵. La razón tras la denominación común, se encuentra en la

²⁰² MARTÍNEZ RINCONES, J.F. Política criminal y adolescencia en América Latina. Especial referencia al caso Venezuela. Revista CENIPEC. Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela N°. 18-19, pp. 145-167. [[Http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/23590](http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/23590)]. Pág. 148.

²⁰³ *Ibidem*. Pág. 151.

²⁰⁴ BELOFF, Mary. Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006). Justicia y Derechos del niño, N° 9, UNICEF. Santiago, Chile, 2007, pp. 177-217. Pág. 182.

²⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 216.

justificación político criminal de la sanción penal adolescente señalada en la CDN de inspiración preventiva especial positiva.

En Europa, la CDN ha sido ratificada por todos los países europeos, en consecuencia, la sanción penal tiene una finalidad preventiva en la misma dirección expresada en los sistemas de América Latina. En ese sentido, este tratado orienta la política criminal para adolescentes con un enfoque preventivo-educativo con miras a su interés superior y la plena integración social: “con él, se hace claro que el principal objetivo de la justicia juvenil son las acciones que buscan el mejor interés de niño, la entrega de educación, soporte y la integración de cada uno de ellos; definido este como una persona menor de 18 años”²⁰⁶. Sin perjuicio de lo anterior, la coexistencia de diversos modelos de intervención (fundamentalmente los modelos de responsabilidad y el educativo) impide señalar la existencia de un marco común europeo en esta materia²⁰⁷. Asimismo, y pese a la continúa adherencia a los principios de la prevención especial y educación, la uniformidad político criminal es inexistente; pues, mientras en países como los escandinavos se incrementan las medidas de diversión en Inglaterra y Gales toma fuerza la tendencia neo-liberal “la cual puede ser caracterizada a través de los términos responsabilidad, restitución (reparación), justicia restaurativa y retribución. Las llamadas ‘4R’ han desplazado a las ‘4D’ (diversión, descriminalizar, desinstitucionalizar y debido proceso) que moldearon el debate de la década de los 60 y 70. El carácter retributivo del nuevo discurso es ejemplificado con el requerimiento de intervenciones comunitarias ‘más duras’ y ‘creíbles’”²⁰⁸. Pese al giro de algunos países, en su conjunto, existe consenso mayoritario en el mantenimiento de los objetivos educativos y de prevención de la reincidencia, incluyendo a aquellos que se movieron hacia tendencias neo-liberales²⁰⁹.

Tanto en América Latina como en Europa el objetivo fundamental de una política criminal para adolescentes se erige sobre la base de intervenciones amplias orientadas a la plena integración social de jóvenes infractores. Las sanciones educativas son el crisol de la elaboración teórica plasmado en la CDN, otorgando a la pena una función alejada del mero

²⁰⁶ DÜNKEL, Frieder; CASTRO MORALES, Álvaro. Sistemas de justicia juvenil y política criminal europea. Revista de derecho penal y criminología, 3ª época, N° 12. Julio, 2014, pp. 261-306. Pág. 263.

²⁰⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís. ¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo? Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Agosto, 2008. [<http://ciminet.ugr.es/recpc>]. Pág. 26.

²⁰⁸ DÜNKEL, Frieder; CASTRO MORALES, Álvaro. Sistemas de justicia juvenil y política criminal europea. Ob. Cit. Pág. 264.

²⁰⁹ *Ibidem*. Pág. 290.

castigo y asociada a la reinserción con un claro fundamento preventivo especial positivo. En estos términos, la política criminal relacionada con la adolescencia se condice palmariamente con el concepto presente en la obra de Roxin y desvelado por Emiliano Borja. Según Borja, para Roxin, la metodología de la política criminal se desarrolla entre el ámbito de la elaboración teórica y el plano de la incidencia práctica de la realidad; se trata de una disciplina que se estructura en torno a la estrategia de la lucha contra el crimen²¹⁰. Lucha, que contienen los límites propios de una política criminal que se basta a si misma para frenar oprobios contra garantías en un régimen democrático. Paralelamente, la organización política para enfrentarse a la criminalidad, no puede consistir sólo en castigos que tienen por fin retribuir el mal causado. Como dijimos, Según Emiliano Borja, para Roxin, política criminal, pena y prevención son términos, ineluctablemente, vinculados. Así, tanto prevención general como prevención especial, son los fundamentos para la protección –subsidiaria- de bienes jurídicos. Igualmente, se hizo referencia a que Roxin concibe la prevención especial en términos positivos: reintegración social del individuo con la intención de recuperarlo para la comunidad.

Evidenciando la perspectiva basada en Roxin de la prevención especial positiva, es importante advertir que este tipo de prevención no es el único objetivo político criminal de la justicia juvenil. En tanto pena heredera de la justificación preventiva, la sanción adolescente, cumple fines de acuerdo a los diversos momentos en que interviene. A grandes rasgos –pues se trató abordó anteriormente-, los fines de la pena en los diversos momentos de intervención del sistema penal cuentan con las siguientes características: en la conminación penal, el fin es fundamentalmente la prevención general negativa. En la imposición judicial de la pena, cumple con un rol preventivo general de confirmación de la seriedad de la conminación, pero no es un fin buscado por el juez, por el contrario se trata de uno enmarcado por la penalidad; obedece, en cambio, a fines preventivo especiales limitadores de la pena en relación con el principio de culpabilidad²¹¹. En el momento de la ejecución de la penal, el objetivo primordial es la prevención especial positiva. Para Couso, en este último momento, también, se pueden apreciar consideraciones de prevención especial de la no-desocialización, en términos de servir como límite en sede de ejecución

²¹⁰ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. Ob. Cit. Pág. 121.

²¹¹ “Prevención especial de la no-desocialización, como una razón que el juez tendrá en cuenta para preferir una pena no privativa de libertad, o una más leve, o incluso, durante el proceso, una razón para suspender el proceso o prescindir de él”. COUSO, Jaime. La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084. Ob. Cit. Pág. 12.

penal, actuando como una razón para sustituir la pena por una menos desocializadora o revocarla²¹². En cuanto a las tendencias recientes en las alternativas preventivo-especiales con adolescentes, el mismo autor agrega que “en la intervención socioeducativa con adolescentes, dirigida a la prevención especial positiva, parecen haber tenido influencia los enfoques criminológicos que explican la conducta delictual en base a los déficit de socialización experimentados por los niños, adolescentes infractores: respecto de estos sujetos se estima que la familia, la escuela, el trabajo y los grupos de pares no son espacios que estén logrando socializar a los niños y adolescentes en modelos pro-sociales sino que, o no logran ofrecer modelos de vida relevantes, o les ofrecen modelos desviados o delictuales; esto último sería determinante, según la teoría de los contactos diferenciales (Sutherland)²¹³”.

Hasta aquí la exposición parece no tener fisuras en la medida que los principales postulados provienen de la CDN; instrumento de amplio consenso, que respalda sus conclusiones en, primero, estudios criminológicos y, segundo, la psicología evolutiva o del desarrollo. La verdad depende del punto de vista desde que se aborde. Así, todo lo dicho hasta aquí, parece conocimiento asentado en bases firmes, sólidas, con el añadido de plasmarse en instrumentos internacionales de amplio espectro, deviniendo en, prácticamente, incuestionable. Las suspicacias surgen cuando vemos que lo que parece confiable y humanitario, es paulatinamente dejado de lado en discusiones y legislaciones que anteriormente respaldaron medidas en la dirección propuesta por la CDN. En ese sentido, cuáles son los motivos para que tanto en España como en Alemania se esté produciendo un cambio de paradigma: “en ambos países la legislación penal del menor responde a un modelo de intervención esencialmente educativa, pero en los últimos tiempos se suceden reformas penales en esta materia, sobre todo en España, con el objetivo de potenciar la faceta aflictiva y represiva, en detrimento de la educativa, de la respuesta penal prevista para los menores infractores”²¹⁴.

Encontramos una respuesta en el derecho penal máximo o expansión del derecho penal, distinguido por la creación de normas penales que constituyen supuestos de criminalización en el estadio previo a la lesión de bienes jurídicos. En esta medida,

²¹² COUSO, Jaime. La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084. Pág. 12.

²¹³ *Ibidem*. Pág. 13.

²¹⁴ POZUELO PÉREZ, Laura. El futuro del Derecho penal juvenil: de un Derecho penal de menores a un Derecho penal de adultos. Revista para el análisis del derecho, Indret. Barcelona, febrero, 2009. Pág. 7.

pretende dar respuesta a fenómenos que exceden los fines propuestos por el derecho penal. Así, la solicitud indiscriminada de punición, de castigo, se enmarca en una sociedad que - pese a la evidencia empírica en contra- parece peligrosa, una sociedad, siguiendo a José Luís Díez-Repollés, de los riesgos. El descrédito en otras instancias de protección y la aprehensión del discurso que busca protección a través del Derecho Penal, fenómeno llamado por Silva Sánchez “*perversidad del aparato estatal*”²¹⁵, ha llevado a que las reformas impuestas generalmente adquieran efectos simbólicos. Función simbólica que da la impresión de un legislador eficaz en la lucha contra el crimen²¹⁶. Por su parte los medios de comunicación social, en su papel de órganos de control social informal, contribuyen en la generación de una determinada construcción de la realidad desde el momento en el que de un acontecimiento aislado elaboran una determinada noticia²¹⁷.

En este marco, Silva Sánchez, propone la existencia de dos velocidades en el derecho penal liberal. La primera, correspondiente a las penas privativas de libertad, lugar en que los principios procesales y reglas político-criminales deben ser respetados irrestrictamente. En la segunda, propia de las infracciones menos graves, se imponen penas pecuniarias o privativas de derechos²¹⁸. Nuevas formas de criminalidad, sociedad de los riesgos, y exigencias de respuestas eficaces, vuelven a estas velocidades insuficientes. Así, surge una tercera velocidad, el *derecho penal del enemigo*²¹⁹. En éste es factible flexibilizar los principios políticos criminales, las reglas de imputación y los principios que desaconsejan la imposición de medidas privativas de libertad. Se trata de un derecho penal

²¹⁵ “No es frecuente que la expansión del Derecho Penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (protección efectiva)”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Ed. Civitas, 2001. Pág.21.

²¹⁶ “La denominación ‘derecho penal simbólico’ no hace referencia a un grupo bien definido de infracciones penales caracterizadas por su inaplicación, por la falta de incidencia real en la ‘solución’ en términos instrumentales. Tan sólo identifica la especial importancia otorgada por el legislador a los aspectos comunicación política a cierto plazo en la aprobación de las correspondientes normas.” JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho Penal del Enemigo. Ediciones Civitas, 1º Edición, Madrid, España, 2003. Pág. 77.

²¹⁷ POZUELO PÉREZ, Laura. El futuro del Derecho penal juvenil: de un Derecho penal de menores a un Derecho penal de adultos. Ob. Cit. Pág. 6.

²¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La expansión del derecho penal. Ob. Cit. Pág. 166.

²¹⁹ Según Jackobs, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico –penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas”. JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel. Ob. Cit. Pág. 80-81.

diseñado para “otros”, para personas ajenas, “extrañas”, que, por su forma de vida, raza, o pertenencia a algún grupo abandonaron el derecho en forma permanente. Los adolescentes, así, constituirían aquel grupo que es preferible alejar, pues se desenvuelven lejanos al derecho, no dando garantías a la sociedad de un comportamiento conforme a las normas. De esta manera, se genera una sensación de inseguridad generalizada que, junto al abandono permanente del sistema, quita el derecho a gozar de todos los beneficios que éste entrega, permitiendo al Estado actuar en forma más drástica.

Otro punto a considerar fue mencionado en el capítulo anterior y se reafirma en éste, la criminología realiza sus análisis desde una razón técnica; pretensión de saber alejado de la realidad social y las condiciones estructurales que determinan aspectos tan sensibles como la delincuencia. Al emanar desde un nicho legitimado científicamente, la pretensión de saber alcanza expectativas axiomáticas; pues, en tanto ciencia, se torna incuestionable. Esto es recogido por los legisladores y se da lugar a intervenciones educativas propiciadas por ingentes estudios criminológicos que lo recomiendan. El problema, se ubica en que las variables abordadas desconocen las condiciones sistémicas que propician fenómenos como el estudiado. Así, ante la arremetida de los medios de comunicación social, la conciencia colectiva solicita eficacia punitiva y los legisladores al percatarse que la única alternativa viable y humanitaria fue superada, se recurre a la opción contraria: castigo más severo²²⁰.

1.2.- Política criminal en la Ley N° 20.084.

Resulta apropiado recordar que la Ley de Responsabilidad Adolescente entró en vigor en junio del año 2007, después de arduas discusiones, objeciones y modificaciones. Se trata de un proceso de adecuación integral de la legislación nacional de acuerdo a la CDN, que fuera ratificada por Chile en 1990. La urgencia de este proceso estriba en aspectos tales como la necesidad de superar el Derecho Tutelar de Menores, sistema opuesto radicalmente al propuesto por la normativa internacional, y el carácter

²²⁰ “La delincuencia debe ser considerada como un problema social, el cual debe abordarse preferentemente desde un punto de vista preventivo y racional, no debiendo ser en cambio combatido con medios exclusivamente penales [...] Y en los casos en los que sea inevitable la intervención penal, “los operadores jurídicos están llamados a llenar con contenidos de política educativa y de (re)inserción”. CANO PAÑOS, Miguel Ángel citado por POZUELO PÉREZ, Laura. El futuro del Derecho penal juvenil: de un Derecho penal de menores a un Derecho penal de adultos. Ob. Cit. Pág. 9.

constitucional que presentan los derechos del niño en cuanto están asegurados en un tratado internacional de derechos humanos. Este carácter obliga al Estado a modificar todos los cuerpos normativos que se hallen en discordia con las normas de la CDN, por ejemplo, la Ley de Menores y el Código Penal con respecto al tratamiento jurídico de las infracciones penales cometidas por personas menores de dieciocho años. En cuanto a política criminal, asimismo, la doctrina nacional ha elaborado sus tesis invocando los principios de la CDN²²¹. Sumariamente, los objetivos de la justicia juvenil, recogidos en la LRPA, de acuerdo a Gonzalo Berríos, son: antes que todo, la diferenciación del sistema penal de adultos, como objetivo transversal; luego, primero, el privilegio de la desjudicialización y de las alternativas a la sanción penal; segundo, privilegio a las sanciones no privativas de libertad; tercero, legalidad, excepcionalidad y brevedad de la privación de libertad cautelar y sancionatoria; y, cuarto, favorecer la conducta conforme a derecho, promover la integración social de los adolescentes y evitar la reincidencia delictiva²²².

Pese a las voces que enaltecen la promulgación de una ley que recoja, medularmente, los principios y garantías provenientes de los mencionados instrumentos internacionales; otros, por el contrario, critican aspectos de política criminal velados en la LRPA. Así, para Myrna Villegas, esta ley constituye una manifestación encubierta del derecho penal del enemigo, particularmente, en lo referente al punitivismo y al derecho penal simbólico. En este sentido, desarrolla tres críticas que vinculan la LRPA con el derecho penal del enemigo. En primer lugar, carece de una distinción de delitos, por consiguiente, se aplica en todos los casos sin excluir aquellos de mayor gravedad como los asociados con el terrorismo, a la ley N°20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes, o la ley de control de armas N° 17.798. La ley N°18.314, sobre conductas terrorista, permite en ciertos casos la suspensión de garantías; en la medida que no se delimite su campo de acción para con los adolescentes, éstos podrían ser objeto de iguales suspensiones. La segunda crítica se relaciona con la reacción neoliberal de frenar todo tipo de insurgencia que limite, frene, o sea un obstáculo en el proceso de acumulación capitalista. De manera que, todos aquellos grupos que parezcan peligrosos o constituyan una amenaza, deben ser sofocados en la medida que, potencialmente, puede ser agentes delictivos. La adolescencia, así, cumple con los requisitos para ser considerada una “etapa peligrosa”; fase de transición

²²¹ BERRÍOS, Gonzalo. La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. Revista de política criminal. Vol. 6, N° 11. junio 2011, Art. 6, pp. 163-191. [http://www.politicacriminal.cl/VOL_06/n_11/VOL6N11A6.pdf]. Pág. 165.

²²² *Ibidem*. Págs.169-172.

en que anticipar comportamientos se vuelve complejo, lo caótico antecede a lo previsible y la laxitud, en cuanto a sus actitudes, tiene un componente de duda que, de una u otra forma, legitima una calificación, *ex ante*, de enemigos. La tercera y última crítica ofrecida por Myrna Villegas apunta a lo que denomina “la punta del iceberg” de la delincuencia juvenil, la reincidencia. Para la autora, el sistema tiene un objetivo dirigido a evitar nuevas comisiones de delito, a precaver la reincidencia con un enfoque punitivo hacia quienes se han alejado en forma duradera del derecho, manifestado en la pretensión de neutralizar a través de la aplicación preferente de penas privativas de libertad²²³. Esta crítica cobra aún más certidumbre con la entrada en vigencia de la llama “agenda corta anti-delincuencia” que lejos de distinguir criterios punitivos en relación con los adolescentes, se afirma e instala en las consideraciones que permiten afirmar la presencia de un derecho penal del enemigo.

En relación con el principio educativo como eje configurador del sistema de justicia penal adolescente, el enfoque político criminal reseñado está en franca contradicción. Partiendo de la base inspiradora de la CDN, el principio educativo debe reflejarse en sanciones atenuadas en relación con las impuestas a los adultos, sanciones más blandas con un horizonte de reinserción social. La LRPA, en ese sentido, infringe latamente el principio en cuestión; cada una de las críticas expuestas por la autora, permiten afirmar que la sanción tiene un marcado carácter punitivo que choca frontalmente con los principios orientadores provenientes de los instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. El derecho penal adolescente debe diferenciarse radicalmente con respecto al de los adultos, es por eso que el principio educativo configura todo el sistema en términos de aprehender los conocimientos aportados por la psicología del desarrollo y ofrecer formas de control que consideren, ampliamente, estas particularidades. Las consecuencias derivadas de la sanción deben ser beneficiosas tanto para la sociedad –en clave de prevención general- como para los infractores –en clave de prevención especial. Al igual que Roxin, esta prevención especial es concebida en términos positivos traducidos en un principio que es requisito *sine qua non* de toda intervención realizada merced de la LRPA. Con el acertado análisis de Myrna Villegas, este objetivo en particular es, claramente, infringido; dejando al artículo 20 de la LRPA como una filigrana, un decorado maquillador de un derecho penal que, lejos de ser diferenciado, puede traer

²²³ VILLEGAS, Myrna. Juventud pobreza y marginalidad. Ob. Cit. Pág. 10.

consecuencias opuestas a las expectativas del conjunto de normas internacionales relacionadas con la adolescencia, provocando, una vez más, el efecto criminalizador de la adolescencia. Más grave aún, el sólo hecho de que sea factible asociar una ley de responsabilidad penal para adolescentes con el derecho penal del enemigo, infringe la obligación del Estado de estructurar una política criminal seria y científica, con énfasis en lo preventivo, propiciando el uso de alternativas al sistema penal, que permitan influir eficazmente en la disminución de hechos constitutivos de delito²²⁴.

Hasta aquí expusimos consideraciones críticas sobre la LRPA en virtud del incumplimiento manifiesto de los tratados internacionales que se hallan en vigor. La sanción, como eje central del presente trabajo, cumple un papel que sobrepasa las aspiraciones de paz social buscadas en la pena y se suma un argumento de corte humanitaria, habida cuenta de las peculiaridades de los sujetos infractores. La educación es, como hemos majaderamente insistido, la distinción insoslayable de este derecho penal especial que aspira a la reinserción e integración plena de sujetos que han sido históricamente marginados. De manera que, la base crítica hasta el momento consiste en la ausencia de adecuación entre la ley nacional y los instrumentos internacionales atingentes. Instrumentos que, político criminalmente, contienen una base teórica que justifica la pena desde la prevención; pues, separando la política criminal en dos vertientes, entre la *praxis* y la teoría, ésta última otorga principios teóricos que dotan de una base racional a la primera²²⁵. Así, *ex ante*, la práctica punitiva se legitima desde una racionalidad teórica proveniente de la política criminal en su conjunto, en este caso, se trata de una legitimación preventiva en su vertiente especial positiva.

Sin embargo, como vimos en el apartado respectivo, no existe un único concepto de política criminal; ciertamente el de orientación preventiva es mayoritario, pero ello no quiere decir que sea indiscutido. La pregunta que sigue es cuál sería la crítica si el análisis parte desde el enfoque que Baratta propone de política criminal. En tanto concepto

²²⁴ MORALES CORTÉS, Julio. La ley de responsabilidad penal de adolescentes dentro de las transformaciones de largo plazo en el ámbito del control social punitivo. Revista Señales, publicación semestral especializada en infancia y adolescencia del Servicio Nacional de Menores. Marzo, 2008, pp. 27-52. Pág. 36.

²²⁵ “De entrada, es necesario, por tanto, distinguir categóricamente entre la *praxis* de la política criminal y una política criminal teórica. La primera se integra del conjunto de actividades —empíricas— organizadas y ordenadas a la protección de individuos y sociedad en la evitación del delito. La segunda aparece constituida por un conjunto de principios teóricos que habrían de dotar de una base racional a la referida *praxis*”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Política criminal y persona. Ad-hoc. Buenos Aires, Argentina, 2000. Pág. 21.

complejo y problemático, analizar la sanción penal adolescente en aras de desvelar consideraciones escasamente abordadas sobre el principio educativo desde la óptica política criminal propuesta por el autor italiano, conlleva cambiar la perspectiva reflexiva saliendo de justificaciones teóricas concebidas como puntos de partida. Así, no basta con señalar que la política criminal es unívoca en su finalidad ni que existe una distinción clara entre teoría y *praxis* que permite distinguir, *ex post*, entre política criminal y política en general. Por el contrario, de una indeterminación teórica producto de las variables por abordar, se difumina la distinción clara entre “políticas”, perdiendo el halo de objetividad que rodeaba la elucubración. Según Baratta, en la distinción entre políticas de seguridad y política social y, en consecuencia, entre teoría y *praxis*, las supuestas razones objetivas o finalidades sociales son inexistentes; son, en realidad, subjetivas, dependen de la intención de los actores, de las instituciones y aun de las partidas presupuestarias²²⁶. En este sentido, la oposición entre política de seguridad y política social no es lógica sino ideológica. En síntesis, deslegitimando la objetividad de la política criminal, ocurre lo mismo con las justificaciones técnicas que recomiendan operar de cierta manera; por tanto, el análisis no consiste en si la LRPA se adecua o no a la CDN, por el contrario, es si las recomendaciones de ésta son efectivamente la única forma de responder al fenómeno criminal adolescente. En el fondo, al cuestionar el fundamento político criminal, ocurre lo mismo con todas las disposiciones adoptadas a partir de él. De esta manera, la ideología, como sustento real, versus supuestas razones técnicas-objetivas para castigar la adolescencia, conducirá la discusión propuesta en los próximos apartados.

2.- Pretensión educativa y fines de la sanción.

La supuesta superación del modelo tutelar implica el reconocimiento de los adolescentes en su calidad de sujetos de derechos. Consecuencia inmediata, es el concomitante reconocimiento de su capacidad de culpabilidad, en tanto se definió, la adolescencia, como etapa proclive a la persecución de una adecuación del comportamiento con las normas jurídico-penales. Se colige, por tanto, que los sujetos en comento comprenden el contenido de la ley penal y, en tanto norma de comportamiento, se les puede exigir el cumplimiento de la proscripción. A su vez, en la medida que una norma penal

²²⁶ BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad y la política social. Ob. Cit. Pág. 81.

encierra una doble faz, la norma de sanción, trae aparejada las consecuencias jurídicas de la ausencia de fidelidad con el comportamiento exigido, es decir, un castigo. En consecuencia, el derecho penal adolescente, aun especial, es, ante todo, derecho penal. Esta afirmación conlleva a cuestionar la consistencia de este derecho penal; pues, el reconocimiento de la calidad de sujetos de derechos, la especialidad del sistema en consonancia con las particularidades de los normados y los fines que abrigan al sistema, no bastan para hallar las bases del sistema penal destinado a sancionar penalmente a los adolescentes infractores. Partiendo de un punto de vista crítico-criminológico, y asumiendo las huellas del modelo político criminal con enfoque en un derecho penal del enemigo, urge preguntarse por las bases sustantivas de este derecho penal especial. Incluso la existencia de un instrumento internacional como la CDN no es óbice para este cuestionamiento. Así, para conseguir dilucidar el problema en cuestión, este apartado será abocado a responder la siguiente pregunta: ¿en qué consiste la sanción penal adolescente, cuáles son sus fundamentos y sus fines, más allá de los señalados explícitamente por la doctrina y la legislación nacional e internacional.

2.1.- Epistemología de la sanción penal adolescente.

Del griego *episteme*, la epistemología tienen múltiples significados; referida, en sus inicios, exclusivamente al conocimiento, fue comprendida con posterioridad desde una dimensión especulativa vinculada con la verdad y el ser. Así, la palabra se distingue de la opinión circunscribiéndose a los fundamentos²²⁷. De igual manera, la epistemología de la pena tiene por objeto encontrar los fundamentos del castigo. En el derecho penal adolescente, cumple con desvelar los fundamentos que legitiman someter a sujetos que no han cumplido la edad necesaria para vincularlos con el derecho penal destinado a los adultos, a un reproche penal, específicamente, a una sanción con características especiales. Qué es una sanción penal adolescente y por qué se castiga, son las preguntas que dirigirán estos párrafos.

El derecho penal adolescente es, antes que todo, derecho penal. Así, el acento en la voz pena, involucra que lo distintivo del derecho penal es su carácter sancionador, del cual

²²⁷ MAUREIRA PACHECO, Max. Epistemología y racionalidad del castigo. Revista nuevo foro penal N°66, 2003, pp. 42-71. [<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal>]. Pág. 43.

no se encuentra excluido el adoptado para la esfera adolescente²²⁸. De tal afirmación se sigue que los hechos ilícitos cometidos traen como consecuencia la imposición, por parte del Estado, de una pena o de una medida de seguridad con el objeto de hacer efectivas las distintas funciones que la sociedad y el propio Estado han determinado para el Derecho penal. Estas funciones corresponden, esencialmente, a un medio que detenta dos objetivos. Primero, constituido para la dirección y control social formal; segundo, desde la óptica de los sujetos afectados directamente por el delito, como un medio o mecanismo de reparación del mal o daño causado²²⁹. Pese al eufemismo, una sanción impuesta en virtud de infracciones a la ley penal –independiente de que esté dirigida a adolescentes- es una pena, un castigo. El castigo, es la respuesta directa a un ilícito. El infractor por su falta se ve compelido de manera insalvable a una contravención. Sin embargo, qué es el castigo, qué implica el acto de castigar. Es, indudablemente, un mal.

El castigar, en tanto violencia contra violencia, necesita para su implementación de una razón, de alguna justificación que, *ex ante*, nos permita comprender el porqué de tal mal. A partir de lo establecido por los diversos instrumentos internacionales relacionados con la materia y por la LRPA, resulta factible vincular la fundamentación de la sanción penal adolescente con las propuestas de Claus Roxin. Durante la década del 60, el jurista alemán, dirigió su crítica al finalismo de acción planteado por Welzel, señalando que “si tal concepto de acción es prefijado al derecho –tiene un carácter óntico-, en ese caso, al igual que la causalidad, nada puede aportar, pues se convertiría en una simple sobredeterminación de tal proceso causal”²³⁰. En este sentido, Roxin, crítica el carácter antológico de la acción, esgrimiendo que los fenómenos jurídicos son más complejos que un simple proceso causal. Precisamente, no se trataría de una mera causalidad en virtud de la cual hay que prefijar consecuencias jurídicas; es el proceso, en su complejidad, lo que según Roxin, hay que considerar en tanto dinámica de sentido determinado social y jurídicamente. Así, la acción perdería su carácter ontológico, que pasaría a ser normativo. De esta manera, Roxin “determina el contenido de la tipicidad no desde la acción, sino

²²⁸ “En verdad lo que pareciera claro en este paso de derecho criminal a derecho penal, es la intencionalidad de poner el acento en el carácter sancionador de este derecho como su rasgo más distintivo y definitorio, superador entonces de una tendencia meramente descriptiva o fenomenológica (lo criminal)”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Introducción al derecho penal. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1986. Pág. 4.

²²⁹ MIGLIARDI DURÁN, Mario. Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional. Revista de política criminal, Vol. 4, N° 8, diciembre 2009, pp.266-291 [http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8a1.pdf]. Pág. 268.

²³⁰ RAMÍREZ, Juan. Introducción al derecho penal. Ob. Cit. Pág. 196.

desde los fines del orden jurídico”²³¹. Según Bustos, esto es fundamental para comprender sus postulados, pues la finalidad en Roxin adquiere una connotación que lo distancia de Welzel, pero lo acerca a Von Liszt; el contenido de la tipicidad gravita en la finalidad protectora respecto de los bienes jurídicos²³². Sin perjuicio del acercamiento a Von Liszt, éste no es absoluto; la distancia entre sus postulados queda claramente establecida debido al carácter integrador que pretende Roxin entre derecho penal y política criminal, en cambio, el primero, plantea una división tajante entre ambas disciplinas. Esta integración trae como consecuencia una completa revisión de todo el sistema del delito, enfatizando en el carácter dinámico que cada uno de sus elementos adquieren en virtud de los criterios político-criminales. De acuerdo con esto, “para la tipicidad, el criterio básico es el de la determinación legal; para la antijuridicidad, es el de la solución social a los conflictos; y para la culpabilidad, es el de los fines de la pena; en el caso de la tipicidad y la culpabilidad se utilizarían principios propiamente jurídico-penales, en cambio en la antijuridicidad sería necesario recurrir a principios que provienen de otros sectores del ordenamiento jurídico”²³³.

Estos planteamientos repercutieron ostensiblemente en la configuración del Proyecto Alternativo de 1966, en Alemania. Las tesis formuladas que sirvieron de guía en lo que a la postre sería el Código Penal alemán de 1975, sirven para ilustrar los fundamentos que inspiran la sanción penal adolescente. Fundamentos que, evidentemente, se asemejan con los señalados en los instrumentos internacionales y las diversas legislaciones nacionales que los ratificaron y que reglamentan el derecho penal adolescente; de tan ostensible vínculo, se colige la inspiración sancionatoria destinada a la adolescencia. Siguiendo a Bustos, algunas de estas tesis fueron las siguientes: “a) el objeto de protección del derecho penal son los bienes jurídicos, no las normas morales; b) el derecho penal es *ultima ratio*, por lo cual hay que ir a una descriminalización donde ello sea posible; c) la pena sólo puede legitimarse desde su necesidad de prevención general y especial, no desde la retribución; d) la culpabilidad ha de mantenerse como límite al poder estatal y para la distinción entre pena y medida de seguridad; [...] j) la ejecución socializadora ha de ser la característica básica de la ejecución de penas y medidas de

²³¹ *Ibidem*.

²³² *Ibidem*. Pág. 197.

²³³ *Ibidem*.

seguridad”²³⁴. Como puede observarse el *ius puniendi* estatal restringido a los adolescentes, cumple con la mayoría de las tesis expuesta por Roxin: la sanción debe ser la última opción, privilegiando evitar el ingreso al sistema penal y la consecuente criminalización; la culpabilidad –atenuada- restringe que el *quantum* de la sanción no sobrepase el límite distintivo de este derecho (y no entrar en la esfera penal correspondiente a las personas mayores de edad); y, también, la ejecución socializadora de la sanción adolescente se evidencia en el carácter educativo que atraviesa transversalmente a todo el sistema, materializándose en un principio como el educativo. En cuanto al concepto de pena presente en el Proyecto Alternativo de Código Penal, éste gira en torno a dos ideas que están íntimamente relacionadas. La pena como “una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos como son los hombres” y “el concepto material de pena, según el cual, ésta es una privación o restricción de bienes jurídicos”²³⁵.

No obstante los fundamentos provenientes de Roxin, las suspicacias comienzan en tanto se intenta una legitimación a partir de sus fines. Sin entrar en las conocidas críticas kantianas al utilitarismo, en términos epistemológicos, cabe cuestionar si es correcto – lógicamente- confundir fundamentos con los objetivos en virtud de los cuales se impone una sanción. Las causas que legitiman el castigo no son homologables, *a priori*, con los efectos que se espera que éste propicie. Sin señalar, tajantemente, que se trata de una falacia que evidencia error lógico-argumentativo, al menos, permite esbozar la existencia de una diferenciación implícita en la fundamentación de la pena. Con todo, y a modo de réplica -según señalamos en el apartado destinado a política criminal- Roxin, distingue tres fases en la vida de la pena y a cada una de ellas le asigna una respuesta distinta en relación con los fines de ésta. La fase más cercana al fundamento de la sanción en sí, es la conminación legal. Pero los cuestionamientos epistémicos persisten en la medida que intenta hallar legitimación en la finalidad. El fin de la pena, en esta fase, en tanto la ley es anterior al delito, estriba en la protección de bienes jurídicos, la cual sólo podrá buscarse a través de la prevención general. Considerando que en la fase de conminación el fundamento discurre, aún, por la vía asociada a los fines que, en esta etapa, se enfoca en

²³⁴ “[...] e) la pena privativa de libertad ha de ser unitaria, no se pueden establecer clases de pena: f) se debe suprimir la pena privativa de libertad hasta de seis meses; g) se debe sustituir la pena privativa de libertad hasta de dos años por pena pecuniaria; h) la pena pecuniaria hay que sustituirla por trabajo social útil, en la medida de lo posible, i) la suspensión a prueba de la pena debe aplicarse de modo general”. *Ibidem*. Pág. 98.

²³⁵ MIGLIARDI DURÁN, Mario. Justificación y legitimación político-criminal de la pena. *Ob. Cit.* Pág. 269.

los bienes jurídicos, surge una interrogante: ¿existe algún vínculo epistémico –que anteceda a los fines- entre la ley penal y los adolescentes?

En cuanto a la pregunta, Mañalich, sostiene una fundamentación de carácter retrospectivo. La legitimación no radica en las expectativas que se esperan de la pena; por el contrario, la única forma de legitimar la imposición de una pena bajo una organización democrática de la práctica punitiva se sustenta en “un déficit de fidelidad al derecho, de modo que ella no puede implicar la negación de reconocimiento a quien la sufre”²³⁶. El punto de partida es una teoría del delito entendida como teoría de la imputación, en que el hecho punible se reconstruye como un acto expresivo. El reproche penal, en tanto acto legitimado democráticamente, presupone el vínculo entre el sujeto y la norma. Las reglas de imputación fijan la medida del vínculo y, también, establecen las condiciones bajo las cuales un sujeto puede ser considerado responsable por realizar un comportamiento prohibido por una norma. La condición necesaria y suficiente para un reproche penal es la imputación del comportamiento incorrecto a la capacidad del sujeto de evitarlo y de motivarse a evitarlo²³⁷.

Con todo, este entramado conceptual implica la existencia de un vínculo entre la norma de comportamiento y la acción; pues, de lo contrario, una falta de reconocimiento a la norma no justifica el reproche implicado en la imputación. Es decir, la pena, el reproche, no halla fundamentos en condiciones de legitimidad *ex post*, como los fines; sí, en una legitimación retrospectiva, que importa la existencia de expectativas anteriores a las esperadas del reproche. En este sentido, “esto sólo es posible en la medida en que se valide una expectativa de fidelidad al derecho, lo cual validaría la definición de la culpabilidad material como déficit de fidelidad al derecho”²³⁸. Según Mañalich, en este punto surge una

²³⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. Pena y ciudadanía. Revista de Estudios de la Justicia, N° 6, 2005, pp. 63-83. Pág. 63.

²³⁷ Mañalich, siguiendo a Hruschka, plantea que la imputación puede descomponerse en dos niveles. “En primer nivel, se trata de la imputación del comportamiento a la capacidad (puramente fáctica) de evitación. Esto exige la constatación de capacidad de acción en el sujeto, entendida como capacidad de formarse una intención de realizar el comportamiento exigido por la norma de comportamiento (lo cual supone contrafácticamente la motivación de actuar con arreglo a la norma) En el segundo nivel, se trata de la imputación a la capacidad de motivación del sujeto, entendida como la capacidad de formarse una intención (de segundo orden), con base en la norma de comportamiento, de realizar intencionalmente el comportamiento exigido por ésta, capacidad que se excluye si el sujeto no tiene la madurez suficiente para orientar su conducta bajo una norma (incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad) , o si el sujeto no conoce a norma (error de prohibición, o si una motivación conforme con la norma, aunque posible, resulta inexigible (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable, etc.)”. *Ibidem*. Pág. 65.

²³⁸ *Ibidem*.

pregunta política, referida a la validez de la pretensión de fidelidad al derecho. Desde la *praxis intersubjetiva* de Habermas, esgrime la validez de la pretensión si y sólo si se cumplen ciertas condiciones de legitimidad discursiva. Concebido el vínculo entre el sujeto y la norma penal como práctica comunicativa, el reproche penal es homologable a una deslealtad comunicativa; el sujeto libre y autónomamente decide –cumplidas las condiciones previas de vinculación- no adecuar su comportamiento a la norma. Así, para afirmar en la proposición que el sujeto está normado por la ley penal, debe contar con autonomía comunicativa; de lo contrario, es inviable agregar el predicado a la proposición. Dos ideas concomitantes justifican el reproche a un sujeto que reconoce la norma: que una persona cuente con libertad comunicativa la configura en una *persona deliberativa*, se trata de aquella que tiene la capacidad crítica de tomar posicionamiento crítico y, de acuerdo a razones, seguir o infringir la norma; la segunda idea, y fundamental, es la de *ciudadano del estado*, reflejado en la esfera de la autonomía pública, en tanto persona deliberativa, tiene la posibilidad de participar, en alguna medida, en el proceso creativo de normas jurídicas. Es a partir de este proceso participativo en que al sujeto, en tanto persona deliberativa, es factible reconducir las normas a la autonomía del ciudadano²³⁹. Es en este punto en que recién se puede plantear, legítimamente, el enunciado “sujeto normado por la ley penal” y, en suma, dirigir un reproche a este ser normado.

En el fondo, hay un doble reconocimiento, del sujeto a la norma y del derecho al sujeto. Aun con esta construcción, según Mañalich, el derecho debe reconocer cierta libertad instrumental al sujeto. En tanto sujeto de derecho, se le reconoce la posibilidad de adecuar su comportamiento a la norma o no, como un ejercicio de su capacidad crítica²⁴⁰. En esto consiste el mandato de neutralidad “que el derecho no puede desconocer en su pretensión de neutralidad”²⁴¹. Reconoce que el modelo presenta ciertas dificultades, por ejemplo, la relacionada con la justificación de un reproche penal en contra de sujetos que no son ciudadanos. Relevante complicación debido a que los adolescentes, en la medida que no han alcanzado la edad necesaria, no son considerados ciudadanos según lo prescrito por la Constitución. El caso de los extranjeros podría auxiliar e iluminar la pregunta

²³⁹ *Ibidem*. Pág. 66.

²⁴⁰ La norma de comportamiento y la norma de sanción exhiben distintas manifestaciones de libertad y autonomía del sujeto de derecho: “mientras que el establecimiento legal de la norma de sanción es reconocimiento de libertad instrumental, en el establecimiento legal de la norma de comportamiento se expresa formalmente su característica de resultado del proceso democrático, de modo que la norma puede ser atribuida al ejercicio de la libertad comunicativa en su faz de autonomía pública”. *Ibidem*. Pág. 68.

²⁴¹ *Ibidem*. Pág. 67.

relacionada entre el vínculo de la norma y el sujeto y, por tanto, la legitimidad del reproche penal. Según Mañalich, la situación de los extranjeros se ve compensada debido a la posibilidad de participar en el proceso democrático al serles extensivo el derecho a sufragio bajo ciertas condiciones. Añade que “desde este punto de vista, no es casual la mayor viabilidad de la afirmación de un error de prohibición (directo) invencible que excluya la culpabilidad del sujeto en razón de su condición de extranjero”²⁴².

Sin embargo, en el caso adolescente, la cuestión es aún más compleja; pues, bajo ninguna circunstancia les es extensivo el derecho a sufragio. Según este paradigma legitimador, no reconocerles autonomía pública conlleva a cuestionar la existencia de vínculo con la norma, en tanto no participan comunicativamente bajo las condiciones que fundamentan la reconducción de la norma al sujeto al momento de su infracción. En otros términos, “son razones para poner en duda la plausibilidad de constituirlos en destinatarios de reproche en el plano de su autonomía privada, sobretodo si se trata de un reproche que es idéntico al de aquellos sujetos de los cuales cabe esperar lealtad comunicativa”²⁴³. Precisamente, al no existe un teoría del delito específica para la adolescencia, el reproche no dista del realizado a los adultos; independiente de que la culpabilidad sea disminuida, y por lo mismo el margen de sanción es inferior, señalar que cuentan con esta capacidad, restringe el proceso comunicativo al momento en que se reconoce en ellos los dos niveles de imputación: capacidad de evitación y de motivación. No obstante, el reproche de culpabilidad importa reproche por la toma de posición crítica; si no es posible reconducir la norma a la autonomía de los adolescentes, en tanto persona deliberativa, entonces no existe el necesario doble reconocimiento que justifica la pretensión de vinculación con la norma. Pese a que es factible plantear la extensión de laxitud del error de prohibición, la interrogante sobre la legitimidad del vínculo entre la norma y los adolescentes, trae aparejada una serie de críticas al fundamento preventivo de la sanción penal adolescente, que serán vistos en el próximo apartado.

2.2.- Prevención especial positiva y principio educativo: de una legitimación lógica a una ideológica.

²⁴² *Ibidem*. Pág. 69.

²⁴³ *Ibidem*.

El principio educativo es un eje configurador del modelo de responsabilidad penal adolescente. Como dijimos en el primer capítulo, modela o da forma al sistema en su conjunto en una determinada dirección; así, en cada fase en que un adolescente intervenga, tendrá que pasar por el filtro del principio, debiendo, por tanto, primar consideraciones educativas en la sanción orientadas a la reinserción y a su plena integración social. Dentro de los fines de la pena, el que armoniza con estos lineamientos es el de prevención especial positiva. Finalidad que distingue a un derecho penal especial con la aspiración de dotar de contenido educativo al sistema. El infractor pasa a ser el protagonista, tomando en cuenta que será a él a quien se le impondrá una sanción con el objeto de entregarle herramientas para que no vuelva a delinquir en el futuro²⁴⁴. La exposición antedicha sobre los fundamentos de la prevención especial en su vertiente positiva (capítulo I)²⁴⁵, nos concede la posibilidad de pasar por alto sus características para cumplir con un segundo objetivo expositivo, presentar las principales críticas que se le han hecho para, posteriormente y a partir de ellas, sacar conclusiones respecto a la viabilidad de legitimar a partir de esta finalidad el reproche penal a personas que no han alcanzado la edad adulta.

La prevención especial positiva adquirió gran trascendencia a contar de Von Liszt para quien la pena no se justifica a sí misma y, por el contrario, su objetivo es la prevención. Enfocada en el sujeto que delinquiró para fomentar el reconocimiento y respeto a los bienes jurídicos, tuvo aceptación mayoritaria en cuanto se distancia de los objetivos retributivos en que la pena se justifica a sí misma. De ahí en más su presencia es destacada en el Proyecto Alternativo de 1966 en Alemania, en tiempos más recientes, en la Ley Orgánica de Responsabilidad penal de Menores española 5/2000 y, nuestro caso, en la Ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal para adolescentes de 7 de diciembre de 2005.

Al igual que a la retribución y prevención general, la prevención especial ha sido objeto de variadas y contundentes críticas. Primero, la prevención en todas sus facetas, es objetada por una falta de ética social fundamental en la medida que la persona es instrumentalizada para fines estatales; pues, en tanto instrumento para fines que exceden su subjetividad, se le cosifica perdiendo el respeto por su dignidad, que es uno de los pilares

²⁴⁴ COUSO, Jaime. La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084. Ob. Cit. Pág. 11.

²⁴⁵ Ver *supr.* Capítulo I, Pág. 30.

del Estado de derecho²⁴⁶. La autonomía personal reflejada en la capacidad de decisión para las formas de vida, o, incluso, la falta de ésta ante las carencias y/o determinaciones socioeconómicas que obliga a vivir de tal o cual forma, más la subcultura que se erige, contestataria y legítimamente en contra de concepciones de vida mayoritarias, se ven mermaidadas debido a la intención de sojuzgar bajo una determinada manera de vivir²⁴⁷.

Una segunda crítica se relaciona con el ideal resocializador. De antemano recordamos lo mencionado sobre el uso del prefijo “re” que supone “volver a”; aquí se trata, por tanto, de “volver a socializar” concepto sumamente cuestionable en cuanto entraña ausencia o defectuosa socialización. Toda acción de una persona obedece a modelos conductuales aprendidos en virtud de la exposición a un contexto social e histórico, por consiguiente, la des-socialización es inexistente; la cultura, en su amplitud, confiere una socialización, sea cual fuere esta. En este sentido, señala Bustos que “ello no significa de partida que a quien se pretende resocializar no esté socializado, ya en ello hay una premisa falsa, pues siempre tendrá una socialización cultural o subcultural, si bien diferente a la planteada por la mayoría”²⁴⁸. Qué ocurre, entonces, con los delincuentes económicos considerando que nuestra cultura en un sistema de mercado exagera el consumo, se colige que según este paradigma están socializados correctamente. La complejidad de la cuestión radica, en definitiva, en que una socialización “adecuada” es definida, *a priori*, por el Estado, lo que conspira con la aspiración del reconocimiento subjetivo en tanto ser autónomo. Las pautas serían definidas por éste y sus instituciones, ampliando sus facultades a la manipulación de una esfera tan íntima como la personalidad, lo que puede significar el totalitarismo de una mayoría sobre una minoría. Pretender que los valores coincidan para la sociedad en su conjunto es igual a desconocer su complejidad, representada en la coexistencia de variadas estructuras y categorías valorativas que vuelven estéril cualquier intento de universalizar los valores sociales. Por ejemplo, según Cury, “el delincuente profesional –y no todos ellos por igual- está socializado de una cierta manera que puede ser la más correcta para la estructura social delictual de que forma parte, y la más criticable, no sólo para los miembros de la sociedad que permanecen fuera de

²⁴⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Bases críticas de un nuevo derecho penal. Editorial jurídica Conosur. Santiago, 1994. Pág. 181.

²⁴⁷ Así, Bustos en alusión a Roxin: “Roxin se pregunta críticamente qué es lo que puede legitimar a una mayoría para subyugar a una minoría conforme a sus formas de vida, de dónde surge un derecho a educar contra su voluntad a las personas adultas, por qué ciertos ciudadanos no pueden vivir como se les plazca; pareciera muy pobre como fundamentación de ello el hecho de que tales personas son molestas o incómodas para la mayoría”. *Ibidem* Pág. 181.

²⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 182.

cualquier grupo criminal, sino, incluso para los que participan de otro”²⁴⁹. Aun asumiendo la posibilidad de valores unitarios, la naturaleza de la pena está lejos de ser una instancia que propicie la esperada socialización; no puede desconocerse que la pena es una reacción violenta a la violencia descriptiva de una infracción. Soslayar esta realidad parece ser la intención de los fines preventivo especiales positivos, cuyas sospechosas metas implican atribuir a la pena tareas que deben asumir otras instancias de control social. Sustituir las penas o llamarlas eufemísticamente de otra manera, conlleva eliminar los síntomas incómodos para la cultura dominante, obviando los defectos socio-estructurales que, paradójicamente, producen las acciones que se intenta corregir. Demostración práctica que otras instancias de control social funcionan atrabiliaria y selectivamente, “favoreciendo intereses y estigmatizando a determinados sectores de la sociedad”²⁵⁰. Así, la pena, sirve de método expiatorio de la sociedad ante los trastornos producidos por ella misma.

También se crítica metodológicamente y empíricamente, las dificultades de establecer criterios de corte preventivo especial positivo. Por un lado, hay delitos que carece de sentido vincularlos a esta teoría justificadora, por ejemplo los delitos “irrepetibles”, en cuyo caso parece conveniente abstenerse de ella, considerando que por su naturaleza, el valor implicado en virtud del cual se aspira volver a socializar se difumina con su ejecución²⁵¹. Por otro lado, hay delincuentes que no requerirían tratamiento y otros que no serían susceptibles de tratar, pues no se conoce un tratamiento adecuado²⁵². Incluso siendo efectivo y evitando la reincidencia –su fin último- no hay forma de comprobar que del tratamiento se sigue la “mejora”, constituyendo una falacia del tipo *post hoc* (causa falsa) pues no se puede aseverar, a ciencia cierta, que la no reincidencia se sigue de la sanción. Es más, en el ámbito adolescente, nos parece más cuestionable porque la reincidencia no puede ser empleada como justificación de la pena; la adolescencia es una etapa en que la carencia de asentamiento volitivo lleva a la asunción de riesgos, por tanto, muchos de los actos son ubicuos y, muy probablemente, no se vuelve a repetir. Con mayor razón se cuestiona en el caso de las sanciones privativas de libertad en que sus

²⁴⁹ CURY, Enrique. La prevención especial como límite de la pena. Anuario de derecho penal y ciencias penales, N° 3, Vol. 41, 1988, pp. 685-702. Pág. 692.

²⁵⁰ *Ibidem*. Pág. 694.

²⁵¹ Cury, ejemplifica con el siguiente caso: “cuando un delincuente especializado en robos con escalamiento cae de un muro y queda inválido después de cometer muchos de estos delitos, resultaría absurdo someterlo a una pena resocializadora, pues, atendidas las circunstancias, ya no podrá reincidir en los hechos punibles que solía perpetrar”. *Ibidem*. Pág. 687.

²⁵² Estos últimos son los que Von Liszt llama “incoregibles” y que, por tanto, se debe inocular. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Bases críticas de un nuevo derecho penal. Ob. Cit. Pág. 183.

posibilidades de éxito son inexistentes según los efectos socializadores buscados, por cuanto se produce un efecto socializador pero en efecto contrario; pues, el encierro implica la incorporación a la subcultura carcelaria.

Una cuarta y última crítica se refiere al deslizamiento que, desde la prevención especial positiva, se produce hacia el “derecho penal de autor”. Pues, se le objeta que al imponerse la sanción para resocializar, su duración y la gravedad de sus efectos se gradúan en virtud del fin implicado en la sanción más que en la proporción a la gravedad del hecho injusto, así “no está en condiciones de garantizar apropiadamente los derechos del inculcado frente a los abusos de la autoridad”²⁵³. En este punto hay que recordar una de las principales objeciones del modelo tutelar: ante la necesidad de protección de los menores, éstos eran sometidos a medidas de duración indeterminada generando nefastos efectos en su personalidad. La respuesta fue responsabilizarlos como sujetos de derecho y someterlos a un derecho penal especial adecuado a sus características; sin embargo, en tanto el principio educativo inspira a todo el sistema, la prevención especial educadora provoca que entre medidas perfectamente determinadas en su duración, se elija, mayoritariamente, la más nociva con la excusa de intervenir educativamente y sacar al infractor de su entorno ajeno a las expectativas del derecho. Es decir, ante la posibilidad de no imponer la sanción más elevada, la sanción educadora sirve para responder a las voces que reclaman mayor punición ante la gravedad de un ilícito, criterio que no responde a las exigencias de un derecho que busca adecuarse a una etapa particular de la vida y, por el contrario, asimilándose, subrepticamente, al derecho penal de adultos.

Ante todas estas objeciones surge la interrogante: ¿por qué el derecho penal insiste en la prevención especial positiva como teoría legitimadora de la sanción? Variadas razones se han esgrimido para su justificación, entre ellas la función que ejerce como limitadora de la pena²⁵⁴. Sin embargo, a nuestro juicio, la razón se vislumbra en los postulados de la criminología crítica. Volviendo a la política criminal, como dijimos, Baratta sostiene que la distinción entre política de seguridad y política social no es lógica

²⁵³ CURY, Enrique. La prevención especial como límite de la pena. Ob. Cit. Pág. 686.

²⁵⁴ “De acuerdo con lo expresado, la función limitadora de la prevención especial opera en dos sentidos. Por una parte, exige prescindir de la pena siempre que sea posible, evitando de ese modo los efectos sociales negativos que le son propios y reservándola únicamente para los casos de extrema necesidad; por la otra, requiere que aún cuando sea indispensable acudir a ella, sus formas y su modo de ejecución se conciban de manera que causen los menores perjuicios al afectado, en especial desde el punto de vista de su socialización”. *Ibidem*. Pág. 696.

sino ideológica. En cuanto al concepto de ideología señala “utilizo aquí la palabra ‘ideología’ en el sentido de una construcción discursiva de hechos sociales apta para producir una falsa conciencia en los actores y en el público”²⁵⁵. Factiblemente se puede vincular el concepto de ideología con la prevención especial positiva como razón legitimadora de la sanción. La ideología opera como método de legitimación y reproducción de la realidad social; así, los fines resocializadores, cumplen con ocultar, furtivamente, pretensiones homogeneizadoras. La falsa conciencia estriba en contener fines en forma subrepticia, presentando otros como los que, efectivamente, se buscan mediante su imposición. En otros términos, y sin entrar en las complejidades del término por no ser la intención de este trabajo, se trata de una distorsión que oculta y reproduce contradicciones presentes en la sociedad, facilitando que éstas se mantengan veladas²⁵⁶. Los sospechosos intereses comentados por Cury, encuentran en la explicación ideológica un sustento, desvelando la sospecha y haciendo patente que esta teoría “aparece como un instrumento ingenioso elaborado por la burguesía emergente de la revolución industrial para perpetuar su poder hegemónico”²⁵⁷. La sanción educativa cumple con materializar el afán resocializador en el sistema de responsabilidad penal especial para adolescentes, luego el ahínco en volver a socializar para que puedan ser integrados a la sociedad, esconde el real objetivo de la teoría legitimadora: castigar la marginalidad, imponer valores, y reproducir condiciones estructurales. Por tanto, el ideal resocializador-educativo no es un ideal en tanto idea, por el contrario, se trata de una ideología en la medida que los intereses que expresa son contradictorios con los que esconde.

Ante la asunción de la responsabilidad adolescente, la dogmática penal insiste en fundamentar el castigo con los fines de la sanción; una cuestión es la racionalidad que

²⁵⁵ Refiriéndose en otro sentido al término, alude al empleado por Karl Manheim, así “si los hechos sociales consisten en la definición y en la actuación de programas políticos de acción, y si tenemos en consideración, al mismo tiempo, ambas acepciones del término, podemos decir que la ideología (en el sentido negativo) obstaculiza el conocimiento de las implicaciones reales de ciertas políticas de parte de los actores o del público, así como la definición de políticas alternativas de parte de otros actos. Esto vale, en particular, para la política criminal. Mientras la política “oficial” está constantemente condicionada por la ideología en sentido negativo, políticas alternativas (programas alternativos de acción en el sentido positivo del término) requieren un continuo y paciente trabajo de crítica ideológica, y también de autocrítica por parte de los promotores juntamente con la participación activa de éstos en los procesos de comunicación social, por medio de los cuales el ‘público’, desde la posición de espectador, puede transformarse en actor de la política. Crítica ideológica y participación de la sociedad civil son presupuestos necesarios para la transformación de la política de control de las infracciones delictivas, de la criminalización y de sus consecuencias individuales y sociales desde el modelo tecnocrático al modelo democrático”. BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad y la política social. Ob. Cit. Pág. 82.

²⁵⁶ LARRAÍN, Jorge. El concepto de ideología. Vol. 1. Lom. Santiago, Chile, 2007. Pág. 134.

²⁵⁷ CURY, Enrique. La prevención especial como límite de la pena. Ob. Cit. Pág. 689.

permite imponer un reproche a un sujeto y otra es vincular ese reproche con un fin ulterior. No es homologable, el *ius puniendi* estatal con los objetivos que, *a posteriori*, se pretenden conseguir con la imposición y ejecución de una pena. Siguiendo con ese razonamiento, señalar que un sujeto es cognitivamente y volitivamente capaz de -incluso atenuadamente- percatarse y comprender el alcance de sus actos, no permite, lógicamente, argüir esto como fundamento. De lo primero no se sigue, necesariamente, lo segundo; allende las consideraciones relacionadas con el reconocimiento conforme a la normativa internacional, constituirlo como fundamento deviene en aporía. Es por esto que des-ocultar los fundamentos tras la sanción penal adolescente se vuelve imperativo. Con todo, los fundamentos penales no se logran en abstracto, pues en su búsqueda opera una determinada racionalidad, entendida ésta como una forma de usar la razón. De manera que, la racionalidad -operatoria de la razón- ocurre en un lugar histórico determinado; así, los diversos intereses socioeconómicos contextuales son representantes de ésta. En suma, identificados los intereses, se vislumbra la racionalidad y los fundamentos que sirven de sustento a la sanción; en otros términos: “siendo esto así, estamos obligados a ver con claridad que la racionalidad social se emparenta no sólo con las relaciones socioeconómicas que le sirviendo de telón de fondo, sino con un modelo de Estado concreto”²⁵⁸. Así, ese modelo de Estado concreto tiene una doble tarea: proteger bienes jurídicos identificados como relevantes y, paralelamente, castigar con una pena o sanción a los sujetos que han infringido las normas prescritas para su protección. Los intereses protegidos por el Estado tienen una pretensión de neutralidad tecnificados por el derecho penal en su teoría del delito. No obstante, tanto la criminología crítica como la política criminal han desentrañado las implicancias tras estos intereses. Georg Rusche y Otto Kirchheimer, presentan, acertadamente, una muestra histórica de cómo la formalización del derecho penal se vincula a una racionalidad que oculta intereses; por ejemplo, en los albores del capitalismo, una de las principales preocupaciones de la burguesía urbana fue la creación de un derecho eficaz para controlar la creciente cantidad de delitos contra la propiedad. Derecho penal dirigido directamente a las clases inferiores, profundamente menoscabadas producto de la miseria en que cayeron progresivamente tras la transformación en el uso de la tierra²⁵⁹. Las condiciones estructurales van determinando una operatoria de la razón que deviene, históricamente, en la necesidad de asegurar bienes

²⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 47.

²⁵⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1984. Pág. 16.

jurídicos que, originariamente, no eran visiblemente tan relevantes. En esta medida, la pena se erige como un instrumento que, veladamente, cumple la función de mantener un *status quo* de la sociedad burguesa y como motor de la integración social²⁶⁰. Superado el momento de afianzar mediante el castigo el capitalismo²⁶¹, se instauran valores a defender con la ficción de que son aquellos que, a todos por igual, nos importan al punto de convertirse en bienes jurídicos fundamentales en la conformación de la sociedad. Fracturados, las normas jurídico-penales reafirman el orden establecido, convirtiéndose en un mecanismo de control, “de aprendizaje de la fidelidad del orden”²⁶².

En síntesis, la sanción resocializadora tiene un fundamento ideológico en el sentido descrito; con todo, las críticas a la prevención especial positiva son de larga data, lo que genera un manto de duda sobre porqué mantenerla como fundamento si, al persistir en ello, se arriesga a objeciones relativas al devenir de las sanciones en mecanismos de control proclives a producir alteraciones en la personalidad de los adolescentes, punto central de los cuestionamientos al derecho tutelar y lo que, en definitiva, culminó con su unánime rechazo. Modestamente, sostengo que es el ideal educativo el que otorga legitimidad a su puesta en marcha. La educación confiere el carácter humanitario a la tropelía que, *a priori*, parece vincular a sujetos inmaduros con el derecho penal. A su vez, el cientificismo imperante sujeta las decisiones al otorgamiento de legitimación de tinte técnico que, de lo contrario, pierde sustento sistemático. Así, el recurso a la psicología del desarrollo sirve como criterio de veracidad y erige un entramado que secretamente criminaliza, pero que explícitamente resocializa, enmarcado en la instauración de un principio que, ideológicamente, lo resume y lo justifica: el principio educativo.

Por otro lado, en el caso chileno, la LRPA, ha sufrido similares críticas a partir de sus fines. Sin embargo, más que cuestionar la prevención especial, lo que hacen sus críticos es afirmar que, pese al artículo 20 contenedor de la orientación educativa de la sanción, las teorías legitimadoras distan del objetivo pregonado. Retribución, por un lado, y prevención general intimidatorio, por el otro, son algunos de los fines que atribuyen a la sanción penal prescrita en la mentada ley. En el primer caso, esto es quienes estiman que

²⁶⁰ MAUREIRA PACHECO, Max. Epistemología y racionalidad del castigo. Ob. Cit. Pág. 56.

²⁶¹ “El Estado absoluto implica la concentración total del poder y un uso ilimitado de él, necesario para el desarrollo posterior del capitalismo. En tal sentido, la pena no podía tener sino las mismas características y constituir un medio para realizar el objetivo capitalista”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Bases críticas de un nuevo derecho penal. Ob. Cit. Pág. 129.

²⁶² MAUREIRA PACHECO, Max. Epistemología y racionalidad del castigo. Ob. Cit. Pág. 57.

los fines de las sanciones son retributivos, señalan críticas como la consagración de un derecho penal de autor. Así, la obligación que tiene el juez de aplicar la privación de libertad cumplidas las hipótesis del artículo 23²⁶³, hace que el principio de proporcionalidad a la inversa²⁶⁴ se vuelva ilusorio. Para quienes sostienen esta tesis, se trata, en realidad, de un principio de proporcionalidad a secas como manifestación de una tendencia retribucionista. Crítica complementada con el artículo 24²⁶⁵ sobre criterios de determinación de las penas que omite la referencia a considerar la proporcionalidad en este sentido²⁶⁶. Igualmente, se le atribuye que la privación de libertad constituye un recurso prevaleciente, reflejado en la supresión de ciertas sanciones no privativas de libertad que se encontraban en el proyecto de ley original, por considerar que con ello no se establecía una sanción verdadera²⁶⁷. A partir de estas consideraciones, destaca que “se cae en una contradicción, en el sentido de que los programas de reinserción social y de reeducación sólo se contemplan para los internamientos, lo que empeora la situación, en cuanto pareciere que sólo se cree en la reeducación ligada al encierro”.

En el segundo caso, esto es quienes estiman que la ley obedece a un carácter preventivo general intimidatorio, Myrna Villegas señala: “lo que la ley persigue, fuera de

²⁶³ Artículo 23.- Reglas de determinación de la naturaleza de la pena. La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes: 1. Si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. 2. Si la pena va de tres años y un día a cinco años de privación de libertad o si se trata de una pena restrictiva de libertad superior a tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial. 3. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se extiende entre quinientos cuarenta y un días y tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad. 4. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se ubica entre sesenta y uno y quinientos cuarenta días, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado. 5. Si la pena es igual o inferior a sesenta días o si no constituye una pena privativa o restrictiva de libertad, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación.

²⁶⁴ Característico de la justicia adolescente, implica que la medida de la sanción no se determina por la gravedad de la infracción, propiciando, así, reacciones más tenues.

²⁶⁵ Artículo 24.- Criterios de determinación de la pena. Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios: a) La gravedad del ilícito de que se trate; b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción; c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal; d) La edad del adolescente infractor; e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito; y, f) La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

²⁶⁶ ALVARADO URIZAR, A., et al. Análisis de los fines de la pena en la Ley N° 20.084: ¿Salvadores del niño o retribucionistas? Revista de estudios Ius Novum, Vol. 1, 2008, pp. 23-44. Pág. 34-35.

²⁶⁷ Ibidem. Pág. 38.

su afán populista de dar respuesta a requerimientos de la ciudadanía frente al supuesto aumento de la delincuencia juvenil, es desincentivar por la vía del miedo o la coacción psicológica, la comisión de delitos por parte del adolescente”²⁶⁸. Prosigue afirmando que la LRPA es irrespetuosa con la dignidad humana de los adolescentes puesto que los instrumentaliza en pos de la consecución de fines del Estado. La acertada crítica de la profesora Villegas, puede ser concordada con lo señalado por el profesor Mañalich en cuanto a que las razones para no reconocer autonomía pública a los adolescentes son razones para poner en duda la “plausibilidad de constituirlos en destinatarios del reproche en el plano de su autonomía privada”²⁶⁹, conllevando a una especie de instrumentalización por parte de la ley. Ambos puntos de vista críticos, permiten poner en duda el reconocimiento de los adolescentes como sujetos de derecho por lo que devendrían en objetos; cosificación que permite malear, modificar, ligar a una razón instrumental. Tiene sentido la vinculación de la LRPA y el derecho penal del enemigo, pues en tanto seres peligrosos, más aún cosificados, es plausible escindirlos de la realidad social y tratarlos bajo parámetros diferenciados, pero que tienden más a criminalizar que a educar.

Ambas críticas son acertadas, en tanto cumplen con el objetivo de demostrar que la ley no se ajusta a los fines que dice tener e, incluso, le atribuyen otros, velados, que van en una posición diametralmente opuesta. No obstante el acierto argumentativo, las críticas, a nuestro juicio, deben ser enfocadas en la base que, en términos epistémicos, cosifica la adolescencia y genera un panorama general criminalizador que, ulteriormente, es replicado en la realidad social: la razón instrumental. Razón que Myrna Villegas crítica al cuestionar la búsqueda de fines por parte del Estado con la sanción adolescente. Considerando estos antecedentes, cómo legitimar un sistema de estas características asumiendo que están en juego sujetos que, en tanto adolescentes, son más susceptibles a las medidas en su contra. Por medio de la ideología de la resocialización y reeducación. Ideología que, justamente, aprovecha la necesidad de emplear lenguaje humanitario para pasar el cedazo que permite someterlos a la normativa penal. La educación aparece como la forma de ligarlos al sistema respondiendo a los parámetros técnicos solicitados.

Crítica que es refrendada en las declaraciones prestadas para el diario El Mercurio por Rolando Melo, director de la Unidad Especializada de Responsabilidad Penal

²⁶⁸ VILLEGAS, Myrna. Juventud pobreza y marginalidad. Ob. Cit. Pág. 26.

²⁶⁹ MAÑALICH, Juan Pablo. Pena y ciudadanía. Ob. Cit. Pág. 69.

Adolescente de la Fiscalía Nacional, que demuestra el interés por aislar y, en consecuencia, criminalizar a estos jóvenes infractores. Así, lo prescrito en la norma, se contradice con lo esperado con ésta, permitiendo sintetizar en una contradicción velada normativamente por el principio educativo. Según las declaraciones relacionadas con la recomendación tendiente a agravar las sanciones para aquellos jóvenes que reincidan en la comisión de delitos, proveniente del Ministerio Público, Melo, declaró: “la idea es que tengamos una norma que agrave, de alguna manera, la sanción cuando tenemos reiteración de delitos (simples delitos y crímenes) y eso no está claro en el proyecto y también lo presentamos en el oficio”, agrega que “ El número de jóvenes que comenten delitos bajó entre 2008 y 2017, pero el problema es que los delitos que ellos consuman registraron un aumento del 50%”²⁷⁰. Con esto se evidencia, por un lado, la falsa conciencia de que la disminución de delitos se debe al sistema –en clave de prevención especial positiva- y, por el otro, el interés oculto de criminalizar la adolescencia.

2.3- Educación como nueva justificación para la ideología de la defensa social.

En el primer capítulo de esta obra expusimos la forma en que la niñez y la adolescencia eran concebidas -desde el siglo XIX hasta mediados del silo XX- bajo una categoría de sujetos débiles para quienes la protección, mucho más que constituir un derecho, resultaba una imposición²⁷¹. Por consiguiente, no podían ser sujetos de derechos, por el contrario debían estar bajo la tutela de otros, de seres capaces y responsables y “en ese sentido en primer lugar del Estado, luego objeto de derechos por parte de otros”²⁷². En este contexto histórico, Platt identifica y denomina a la doctrina dominante como “salvadores del niño”. *Grosso modo*, la niñez y la adolescencia consistían en categorías peligrosas, pues, en su condición infrahumana, constituían un peligro para si mismos y para los otros. Aquello no era determinante, pues debían ser salvados de esta condición para lograr “que algún día pudiesen convertirse en personas, es decir, por su propia naturaleza eran sujetos necesitados de protección”²⁷³. Para evitar reiteraciones innecesarias, lo que interesa en esta etapa de la exposición es rescatar los intereses tras la

²⁷⁰ Diario El Mercurio, edición del miércoles 09 de mayo de 2018.

²⁷¹ GARCÍA MENDEZ, Emilio. Infancia: de los derechos y de la justicia. Ob. Cit. Pág. 25.

²⁷² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. El Derecho penal del Niño-Adolescente. Pág. 7.

²⁷³ *Ibidem*.

doctrina que, habitualmente, son pasados por alto como si fuese tan sólo un aspecto marginal.

Platt señala: “el movimiento pro salvación intentó hacer para el sistema de justicia penal lo que los industriales y los dirigentes de las corporaciones intentaban hacer en la economía, o sea mantener el orden, la estabilidad y el control conservando al mismo tiempo el sistema de clases y la distribución de la riqueza existente”²⁷⁴. Por tanto, la necesidad de salvación no era casual, tampoco se trataba de una falta de conocimiento científico que validará la autonomía de la niñez y la adolescencia, menos de una época en que el incipiente desarrollo de la discusión hacía imprevisible otra forma de trato. Lejos del uso de estas premisas para deducir la lógica tras los salvadores del niño, Platt, es certero al afirmar que en este movimiento tras los explícitos intereses por “salvar” o “ayudar” a los niños, concurrían intereses ocultos, escondidos, que no eran otros que los de la cultura dominante en orden a mantener la estabilidad social y económica debiendo, por consiguiente, controlar aquello considerado inadaptado en el proceso de circulación y dominación.

Consecuente con lo expresado en el apartado anterior, la implementación de un sistema de estas características requiere, para su legitimación, de una ideología. Sin embargo, insistimos en la precaución, aquí la palabra ideología no es empleada según la descripción de un conjunto de ideas; por el contrario, se trata de una construcción discursiva que genera una falsa conciencia disfrazada de “realidad”. La ideología que legitima el movimiento es la denominada “ideología de la defensa social”. De inspiración positivista naturalista, esta ideología permitió que a la idea de peligrosidad se uniera, concomitantemente, la de salvación; así, en tanto un ser era catalogado como peligroso la consecuencia inmediata, e incuestionable, es la obligación de su salvación. Durante el siglo XIX, al mismo tiempo que se producían levantamientos populares y grandes crisis al alero del desarrollo del Estado y revoluciones burguesas, el ser humano es concebido como un ente sujeto a determinaciones; el criminal, por tanto, dista de ser bueno y libre por naturaleza, por el contrario, es intrínsecamente perverso, obligando, al resto de la sociedad, a defenderse de él. Se trata de enemigos de la sociedad, seres peligrosos contra los que hay que emprender una defensa social. Son seres diferentes, anormales, a quienes no

²⁷⁴ PLATT M, Anthony. Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia. Ob. Cit. Pág. 24.

corresponde la misma vara de castigo que para los seres que gozan de normalidad. Tanto la retribución como la prevención general resultan inadecuadas. La primera, porque parte de un supuesto que imprime castigo a seres libres e iguales por naturaleza; en este caso los delincuentes no se corresponden con el modelo de persona susceptible a ser sujeta a la retribución, pues están determinadas al delito. La segunda, porque el motivo que justifica su imposición es la motivación, que requiere -para su eficacia- sujetos que cuenten con capacidad de motivación, esto es, seres con la racionalidad suficiente para sopesar costos y beneficios del delito²⁷⁵. Ante las objeciones deterministas, la prevención especial se erigió como la única respuesta razonable. En ese sentido, Enrico Ferri, en Italia, señalaba que la sanción debe proveer la más eficaz defensa social, en tanto, Marc Ancel, en Francia, criticó la prevención general y la retribución por su carácter abstracto y teórico, planteándose decididamente a favor de la prevención especial como superadora de aquellas²⁷⁶.

El contenido de la ideología de la defensa social, según Baratta, es susceptible de reconstruirse sumariamente en la siguiente serie de principios: “a) Principio de legitimidad. El Estado, como expresión de la sociedad está legitimado para reprimir la criminalidad. [...]; b) Principio del bien y del mal. [...] La desviación criminal, es pues, el mal; la sociedad constituida, el bien; c) Principio de culpabilidad. El delito es expresión de una actitud interior reprobable, porque es contrario a los valores y a las normas presentes en la sociedad; d) Principio del fin o de la prevención. La pena no tiene –o no tiene únicamente- la función de retribuir, sino la de prevenir el crimen [...] Como sanción concreta, ejerce la función de resocializar al delincuente; e) Principio de igualdad. La criminalidad es la violación de la ley penal, y como tal es el comportamiento de una minoría desviada; f) Principio del interés social y del delito natural. El núcleo central de los delitos definidos en los códigos penales de las naciones civilizadas representa la ofensa de intereses fundamentales, de condiciones esenciales a la existencia de toda sociedad”²⁷⁷.

La doctrina de la defensa social encontró, en la niñez y adolescencia, un área fértil donde plasmar sus especulaciones y determinaciones. Con el reparo de que, al tratarse de niñas, niños y adolescentes, se añadía un contenido “altruista”; a la determinación de su minoría de edad, se agregaban condiciones paupérrimas de socialización, por lo que

²⁷⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Bases críticas de un nuevo derecho penal. Ob. Cit. Pág. 179.

²⁷⁶ *Ibidem*. Pág. 180.

²⁷⁷ BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Siglo veintiuno editores. Madrid, España, 2000. Pág. 36-37.

rescatarlos, salvarlos, se convertía en un imperativo. Obviando la narración que describe la situación de los “niños abandonados-delincentes”, el modelo tutelar hizo suyos estos postulados, fundamentando cada una de sus intervenciones –medidas indeterminadas- en la excusa de regularizar la situación de los adolescentes. Supuestamente, el modelo de responsabilidad amparado en los principios y garantías del derecho internacional de derechos humanos, particularmente, en los derechos del niño, cambió la óptica reconociendo la autonomía de los adolescentes, impidiendo propuestas indeterminadas y la intromisión en su personalidad. La defensa social se abandonó reconociendo, en un sistema especial, las particularidades de los sujetos normados. Sin embargo, expuestos los principios cardinales de la ideología de la defensa social, ponemos en duda su abandono con el actual sistema de responsabilidad.

Atendiendo al contenido de los principios de la defensa social, se evidencia la intrincada relación con aquellos que rigen el derecho penal juvenil actual. Particular interés suscita la letra d) referida al principio del fin o de la prevención, que resalta la función resocializadora de la sanción. Como hemos expuesto a lo largo de este trabajo, la sanción es justificada, independiente de la etapa de su desarrollo, con una finalidad educativa y un horizonte resocializador. El reconocimiento de adolescentes como sujetos de derechos, responsabilizarlos penalmente y someterlos al derecho penal con todas las garantías correspondientes a la especial etapa que están viviendo, asoma como una victoria en materia de derechos humanos a nivel internacional. Con todo, en lo medular, nos parece que estos aportes no logran distanciarse plenamente del modelo tutelar en tanto persisten en el afán resocializador. El avance en garantías, es cuestionado por la lógica interna del sistema que persiste en la imposición de sanciones con contenido correctivo. De manera que, señalar a secas que éstas deben imponerse con perspectiva educativa con enfoque en la reinserción, sugiere dos cuestiones. Primero, al vincular sanción con educación no existe pleno reconocimiento de la existencia de una pluralidad de valores en materia de comportamiento. Segundo, fijar un horizonte resocializador o de reinserción, es persistir en la razón instrumental al amparo de la prevención especial. Por tanto, es dable señalar la vigencia de la ideología de la defensa social; pues, en tanto ideología, la construcción de legitimación velada, se refleja en la insistencia reformadora implícita en la sanción. Si bien se establece un sistema especial, al menos dos de los principios cardinales de esta ideología se mantienen: el principio de culpabilidad, como infracción a los valores y normas presentes en la sociedad, y el principio del fin o de la prevención, que busca con la sanción

resocializar al delincuente. El nudo teórico sigue siendo la ideología de la defensa social, la razón de su persistencia se halla en la inevitable ligazón entre el sistema jurídico burgués con el derecho penal.

Por otro lado, desvincularse de este concepto es complejo porque condensa los mayores progresos realizados por el derecho penal moderno. No se trata de un elemento técnico, este concepto cumple una función racionalizadora y justificante respecto al sistema legislativo y dogmático. La idea de superar el castigo como la mera imposición de un mal, lleva a la conciencia de los encargados de pensar las bases del derecho penal a un estado de aceptación de la razón instrumental fundado en una ideología difícilmente cuestionable, *a priori*, por su estancia oculta como logro progresista del sistema penal, como lo es la denominada defensa social. En consecuencia, Baratta señala: “En efecto, aun siendo muy raramente objeto de análisis, o propiamente en virtud de esta aceptación acrítica que de él (*concepto de ideología de la defensa social*) se hace, su uso se acompaña con una irreflexiva sensación de militar en la parte o lado justo, en contra de mitos y concepciones mistificantes y ya superadas, y a favor de una ciencia y de una práctica penal racionales”²⁷⁸. La idea de superación, y de hallarse en un estadio humanitario en el desarrollo del derecho penal, es lo que lleva a la irreflexión y al uso reiterado de criterios considerados como pilares en el tratamiento adolescente. Precisamente, la ideología como concepto encubridor, es la que provoca estos desvaríos. El halo humanitario, legitimado por criterios dogmático-técnicos, del actual momento del tratamiento penal a adolescentes impide una mirada crítica de los fundamentos del sistema en su conjunto. Así, se pueden agregar garantías, adecuar el proceso a la especialidad requerida por los criterios técnicos, aun someter a ejecuciones diferenciadas; pero, el fundamento sigue siendo el mismo, la necesidad de reformar –resocializar– el comportamiento desviado de los adolescentes. Tal vez no sea habitual escuchar la denominación de ideología de la defensa social actualmente, con razón, pues se abandonó con los cuestionamientos al sistema tutelar; no obstante, consideramos que la necesidad de reformar se ha permutado por la necesidad de educar.

El riesgo de no cuestionar los fundamentos de la sanción adolescente, la prevención especial positiva y el principio educativo como materialización de una ideología educativa,

²⁷⁸ *Ibidem*. Pág. 38.

implica dejar de lado las persistentes críticas de antaño al sistema económico y social en que se desenvuelve. La educación, concepto que se acuña sin mayores consideraciones, expresa una carencia en los adolescentes. Carencia que se condice histórica y económicamente con el actual estado del sistema social en que se desenvuelven; si antes este déficit los constituía en “niños abandonados-delincuentes”²⁷⁹, actualmente, es dable hablar de “niños mal educados-delincuentes”. El problema se halla en que tal afirmación implica la insistencia en la adolescencia como una categoría ajena a la sociedad y la existencia de un orden absoluto de valores. Todo lo anterior permite dudar sobre la veracidad en la superación del modelo tutelar. Así, en relación con la LRPA, considerando que contiene los principios descritos anteriormente, son varias las opiniones que sostienen la continuación, en esencia, del sistema tutelar. Cumpliendo con las garantías exigidas por la Constitución, la LRPA, halla un fundamento político criminal para acercar sus propuestas al determinismo social y a la concepción de los adolescentes como sujetos peligrosos para la sociedad²⁸⁰. Esto produce, en términos de Myrna Villegas, un “fraude de etiquetas”, señalando que “la única diferencia está en que en el actual sistema de responsabilidad juvenil, no existe la posibilidad de ser ‘irresponsable’, ‘no culpable’, a causa de la minoría de edad. La inculpabilidad sólo podría darse aplicando las reglas penales generales”²⁸¹. Sin perjuicio de las críticas, consideramos que este fraude tiene una razón anterior a la ley -según lo sostenido- la presencia de la educación como ideología que encubre la cosificación de la adolescencia.

3.- Hacia una criminología crítica de la delincuencia juvenil.

Las consideraciones críticas realizadas a la sanción penal juvenil, al principio educativo como eje configurador de ésta y a la prevención especial positiva en su afán resocializador -enmarcado en una razón instrumental- son, en el fondo, cuestionamientos al derecho penal en su conjunto y a la criminología liberal. Bregamos por el derrotero demarcado por Radbruch con la conocida expresión: “la mejor reforma del derecho penal no consiste en su sustitución por un mejor derecho penal, sino su sustitución por una cosa

²⁷⁹ GARCÍA MENDEZ, Emilio. Infancia: de los derechos y de la justicia. Ob. Cit. Pág. 25.

²⁸⁰ ALVARADO URIZAR, A. Análisis de los fines de la pena en la Ley N° 20.084: ¿Salvadores del niño o retribucionistas? Ob. Cit. Pág. 39.

²⁸¹ VILLEGAS, Myrna. Juventud pobreza y marginalidad. Ob. Cit. Pág. 5.

mejor que el derecho penal”²⁸². Persistir en conferir argumentos a favor del ideal resocializador, a nuestro parecer, no contribuye con el abandono de la lógica interna persistente en el derecho penal juvenil; lo contrario sería aportar en su perfeccionamiento y esto es, precisamente, lo que se quiere evitar, pues la pretensión consiste en confeccionar, progresivamente, las bases teóricas y prácticas para que, en un futuro, el derecho penal sea innecesario o, al menos y efectivamente en la *praxis, ultima ratio*. Igualmente, si en las diversas legislaciones que ratificaron la CDN pervive la inspiración tutelar, es porque en ella tampoco se ha abandonado. La única manera, en consecuencia, de desvelar el manto que instrumentaliza tanto a la niñez como a la adolescencia es insistir en un cambio de paradigma, el que, hasta ahora, sólo ha propuesto la criminología crítica.

Previo a entrar en el enfoque de la criminología crítica, el cambio de paradigma, exige identificar, en el ámbito adolescente, que la tautología que se produce al afirmar que el derecho penal adolescente -o juvenil- es derecho penal, no es baladí. Pues, la legitimación del sometimiento a normas penales de sujetos que no han alcanzado la adultez pero que superaron la infancia, por el sólo hecho de que son capaces de culpabilidad (capacidad cognitiva suficiente de comprensión), pierde sustento en la medida que, en el derecho penal general, no constituye una función legitimadora; en cambio, sí, una condición de imputabilidad. Entonces, en términos epistémicos, qué justifica el castigo en la vida adolescente: las mismas razones que lo han sido históricamente para el derecho penal en general. Tras ellos se encuentran los mismos bienes jurídicos que fundamentan el castigo como manifestación de la valoración social dada a determinados intereses. El por qué castigar, entonces, se halla en una argumentación axiológica con pretensiones de neutralidad. La consolidación de un conjunto de instrumentos internacionales, que pusieran coto a la indeterminación de medidas propuestas por las legislaciones nacionales, constituye antes que un fundamento para el castigo, un fundamento material para limitar el cómo se castigaba la infancia. La idea concomitante de intervenir al adolescente por medio de la sanción sigue la misma inspiración racional de la sociedad burguesa tardía: calcular con qué fines instrumentales la sanción permite soslayar el déficit de fidelidad con la norma²⁸³. Sin embargo, no desvela el fondo del asunto; ante la pregunta por qué castigar a

²⁸² Radbruch citado por Baratta en: BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Ob. Cit. Pág. 241.

²⁸³ En ese sentido, Melossi, establece que la prisión, en el capitalismo tardío, se ha vuelto obsoleta y exige cambios por formas de control extra institucional con contenido ideológico. La reproducción de los intereses que amparan las normas penales deben ser asegurados por otros medios pero, en el fondo, se resisten a dejar

los adolescentes, la respuesta relacionada con los fines de la norma sólo encubre un *a priori* pasado por alto en la elaboración dogmática. El supuesto consiste en el conjunto de intereses y valores, propios de la cultura dominante, recogidos por la dogmática penal que, mediante una construcción racional, son enmascarados como igualdad formal. Por tanto, la neutralidad jurídico penal es inexistente; pues, se emparenta con un contexto histórico y cultural y con los intereses socioeconómicos que están allí, sirviéndoles. En suma, la sanción adolescente, forma parte del derecho penal, así, la episteme que le sirve de sustento se ubica en los pilares que sostienen un determinado tipo de sociedad y Estado; ésta, por tanto, no está exenta de la razón instrumental que sirve como medio de control social.

Partiendo de este análisis, el discurso de la criminología crítica, emparentado en gran medida con la sociología jurídica, se distancia de la criminología “tradicional” al redefinir el objeto y los términos de la cuestión criminal²⁸⁴. El enfoque tradicional del sistema penal, se sustenta en un paradigma etiológico de noción ontológica de la criminalidad entendida como “una premisa preconstituida a las definiciones y por tanto también a la reacción social, institucional o no institucional, que pone en marcha esas definiciones”²⁸⁵. Existe, por tanto, una escisión definitoria; “lo” criminal, por un lado, y “el” criminal, por el otro, son categorías independientes que se autodefinen. Es por ello que quedan fuera del objeto del estudio criminológico las normas jurídicas o sociales, las instancias oficiales y la reacción social respectiva; pues, el interés se suscita en el ente criminal, entendido como sujeto que decide su criminalidad desde una conciencia definitoria libre de agentes que influyan en ella. La objeción fundamental está en el carácter fragmentario de las definiciones, lo que lleva al cuestionamiento de su justificación epistemológica y, como consecuencia, a la reificación²⁸⁶ de la criminalidad.

la razón instrumental servil a estos intereses debiendo, en consecuencia, velar por la instauración de un control ideológico de la criminalidad. Así, “en la sociedad del capitalismo tardío; por un lado, allí donde ha reemplazado un cierto tipo de práctica y teoría de control social con un nuevo tipo, donde el contenido ideológico y el fenómeno real de las prisiones, el castigo, etc., se han vuelto obsoletos; por el otro lado, allí donde la actividad preventiva, el control social extra institucional, y el tratamiento siguen desarrollándose y aparecen cada vez más frecuentemente en la sociedad como un todo”. MELOSSI, Darío. La cuestión penal en 'El Capital'. Delito y Sociedad, 2012, vol. 1, no 33, pp. 125-140. Pág. 137.

²⁸⁴ BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Ob. Cit. Pág. 223.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ “La reificación de la criminalidad producida por la criminología etiológica comporta, como el reverso de una medalla una grave inconsecuencia: los elementos para construir la teoría de la criminalidad son obtenidos observando solamente una parte de los fenómenos respectivo, y es justamente esta parte la que es seleccionada por los mecanismos institucionales y sociales de definición, los cuales, según la hipótesis de la

Con carácter fragmentario nos referimos a “que actúan separando fragmentos de clases de fenómenos sociales homogéneos, reagrupables en función de la misma negatividad social, es decir del ataque a los mismos bienes o intereses de importancia social”²⁸⁷. La selección de fenómenos definitorios no es azarosa, por el contrario, demuestra el interés tras ellas sugiriendo un cuestionable consenso de valores. La razón que fundamenta estos postulados es una de carácter tecnológico que, emparentada con la razón instrumental, comprende a la criminología como ciencia auxiliar del derecho penal; sus conclusiones son, por tanto, un punto de llegada para las definiciones criminales. Un punto de vista radical y opuesto implica cambiar la razón operatoria de la criminología tradicional, el imperativo es comenzar con una razón crítica. Dinámica, constantemente en movimiento, que reconoce la intrincada relación entre el fenómeno criminal y el proceso definitorio del derecho penal, en que la criminología no es una ciencia auxiliar, por el contrario, se trata de una ciencia independiente, en que el objeto de sus estudios no es el sujeto criminal en forma exclusiva; son las normas jurídicas y sociales, las instituciones de control formal e informal y las relaciones de producción, todos aspectos que repercuten decisivamente en la definición de lo criminal. En otros términos, “para la criminología crítica el sistema positivo y la práctica oficial son ante todo el objeto de sus saber. La relación con el sistema es *crítica*; su tarea inmediata no es la de realizar recetas de la política criminal, sino de examinar de forma científica la génesis del sistema, sus estructura, sus mecanismos de selección, las funciones que realmente ejercer, sus costos económicos y sociales y evaluar sin prejuicios el tipo de respuesta que está en condiciones de dar y que efectivamente da a los problemas sociales reales”²⁸⁸.

Otra exigencia de este cambio de enfoque estriba en reconocer el elemento ideológico del sistema penal. Los errores que se le atribuyen al sistema para prevenir la criminalidad son parte del estatus de una ideología. Este elemento es inherente a su estructura, pues de no ser así sus definiciones, reacciones y políticas carecerían de fundamento. Identificar que el proceso comunicativo presente en la definición típica es el producto de un proceso reproductor de la ideología dominante es esencial en esta propuesta. No sólo por el contenido de las normas, sino que también por el establecimiento de un sentido común que se instala como “lo normal”; naturalmente, se exige mayor

que parte la criminología etiológica, deberían ser indiferentes para la existencia de su objeto de investigación” *Ibidem*. Pág. 224.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ *Ibidem*. Pág. 231.

punición si se asocia que el criterio preventivo es correcto, oficialmente, se estudian mejores formas de política criminal desde criterios técnicos si se considera a éstos como la mejor forma de responder al fenómeno en cuestión. Así, “las definiciones oficiales y aquellas del sentido común se pueden considerar como el resultado de una comunicación ideológica, entendida como una comunicación funcional para la reproducción de las relaciones de poder existentes”²⁸⁹.

En ese sentido, la sanción educativa, surge de este proceso de definición ideológico. La razón técnica instruye que la “desviación” proviene de determinados factores que hay que suplir o corregir para prevenir “la criminalidad”. Desviación, crimen, delito, principio educativo, todos conceptos que surgen del proceso de definición mencionado. Proceso que es explicado por Darío Melossi en virtud de la función simbólica que atribuye al derecho penal. Las definiciones provenientes de aquel no tendrían por intención realmente prevenir o incluso dar una respuesta efectiva al fenómeno criminal; sí, en cambio, dirigir al resto de los individuos –no delincuentes- la comunicación de aquellos intereses y valores que deben primar en una sociedad normada. Ilustrativa resulta la pregunta que realiza en relación a la anulación de una pena educativa, en la medida que, de educar eficazmente, se rompería el círculo que permite la reproducción de la definición de lo que debe ser valorado y lo que no. En suma, “¿cómo podría darse entonces una pena realmente educativa, realmente disciplinante, que no se autoanulase, anulando consigo mismo también el principio de integración social, la distinción entre el bien y el mal?”²⁹⁰

Que estas nociones se encuentren arraigadas profundamente en la psique social no justifica su empleo como sinónimo de “racionalidad”. Siguiendo a Baratta, el principio cardinal de un modelo crítico es elaborar una política criminal alternativa, no disminuyendo la criminalización, sino que descriminalizando, reduciendo lo más posible el empleo del sistema penal²⁹¹. Mayor importancia cobra cuando se trata de adolescentes. Ofrecer un enfoque alternativo que permita una política criminal más democrática y pluralista, requiere, de antemano, la comprensión del principio educativo como una ideología que es anterior a la definición de las normas de comportamiento y de sanción.

²⁸⁹ *Ibidem*. Pág. 235.

²⁹⁰ MELOSSI, Darío. Ideología y derecho penal, garantismo jurídico y criminología crítica: ¿nuevas ideologías de la subordinación? Revista nueva doctrina penal. Ed. De Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 75-86. Pág. 82.

²⁹¹ BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Ob. Cit. Pág. 237.

Luego, será necesario indagar las alternativas doctrinarias que nos permitan hallar un fundamento de la sanción compatible con este enfoque.

3.1.- La necesaria comprensión ideológica del principio educativo para la adopción de una política criminal alternativa.

La elaboración de una política criminal alternativa, desde un enfoque crítico, requiere que, *a priori*, se desvelen aquellos conceptos ideológicos que forman parte de la psique social y del sentido común. De lo contrario, se corre el riesgo de adoptar políticas criminales aparentemente alternativas pero que, en el fondo, persisten en los mismos fundamentos. Hemos centrado el análisis en el principio educativo en tanto eje configurador del sistema de responsabilidad penal adolescente, en la sanción como manifestación de éste y en la crítica de sus fundamentos y fines. El cúmulo de interrogantes, devino en afirmar la feble superación del modelo tutelar y en señalar la existencia de puntos en común –esenciales- con el sistema de responsabilidad. En su conjunto, por tanto, el análisis crítico ha sido jurídico y, últimamente, criminológico.

Sin perjuicio de lo anterior, queda una duda previa a la génesis de los diversos modelos de responsabilidad penal adolescente y, por consiguiente, también al principio educativo, incluso a las legislaciones nacionales e internacionales en la materia. Cómo se relacionan dos conceptos tan disímiles, pena y educación; qué permite que el castigo, mal irremediable, se asocie a un bien insoslayable como la educación. Dijimos que el hecho de señalar que una sanción es educativa sin añadir un complemento al enunciado, supone un consenso ideológico de valores. Aquí la pregunta se ubica en un estadio anterior, se trata de responder al cómo se elucubra tal relación. No nos referimos a los fundamentos que permiten establecerla; sí, a aquello que lleva a vincular, psicológica y socialmente como válido, el castigo con la educación. Consideramos que carece de sentido examinar la dogmática penal, pues al llegar al campo del derecho, ya ha pasado varios filtros epistemológicos. El eslabón, a nuestro juicio, se halla en las ciencias sociales y, particularmente, en aquellas que abiertamente son opuestas a las de tinte tradicional. Nuevamente y en línea con lo que hemos sostenido, la ideología se erige como el concepto que permite elaborar teóricamente una respuesta. En este sentido, la teoría de la *configuración ideológica capitalista*, de Doris Cooper, será determinante.

La ideología²⁹², según Cooper siguiendo a Harnecker, se compone de dos elementos a nivel analítico: 1) los sistemas de ideas y representaciones sociales; y, 2) los sistemas de actitudes-comportamientos. Los primeros, consisten en las ideas políticas, jurídicas, morales, religiosas, estéticas y filosóficas de los hombres en una sociedad determinada. Los segundos, están compuestos por el conjunto de hábitos, costumbres y tendencias a reaccionar de una determinada manera²⁹³. Éstos últimos se encuentran profundamente arraigados, lo que los vuelve difícilmente modificables; por el contrario, los primeros, en tanto conjunto de ideas –diferenciado conceptualmente de una ideología– están en un nivel de conciencia más cercano a la superficie, dúctil y modificable. La ideología, así, tiene una doble función: se ejerce, primero, sobre la conciencia de los explotados, con el objeto de naturalizar su condición; y sobre los miembros de la clase dominante, para naturalizar el ejercicio del poder, explotación y dominación²⁹⁴. Ambos ejercicios permiten, por tanto, legitimar las condiciones estructurales, su ejercicio y reproducción como algo natural. La propuesta de Doris Cooper radica en que la etiología de la marginación y exclusión, lejos de explicarse por consideraciones técnicas como la identificación de factores de riesgo, se explica a nivel de la conciencia colectiva ideologizada, “mediante construcciones ideológicas, que justifican la existencia de las categorías sociales minoritarias”²⁹⁵. Efectivamente, la marginalidad, no encuentra justificación en aspectos volitivos, ni naturales; la ideología en su constructo social, la determina y legitima. La explicación ideológica reconoce un marco consistente en la ideología de clase que, para Cooper, debe ser complementado con otras cinco ideologías: de sexo, de género, de etnia y raza, transnacional del desarrollo y de intervalos etarios. La ciencia tradicional no se exceptúa de estas consideraciones, se encuentra impregnada de lo que denomina la autora como “configuración de ideologías”. Se trata de estereotipos, prejuicios, relaciones de causalidad personal, que, al ser asociados a valores e internalizados a nivel psicosocial, justifican, tanto a nivel de percepción como de auto percepción, la estigmatización y marginación de ciertas categorías sociales marginales.

²⁹² Sobre el concepto de ideología la autora, en sintonía con Baratta, señala: “es la conciencia y la representación que la clase dominante se forja de la realidad, de acuerdo con su posición e intereses, conciencia y representación de las que también se impregnan los que carecen de los medios de producción material. Por lo tanto ideología es una falsa conciencia de la realidad, alienante y mistificadora, un concepto erróneo de la historia humana y opio del pueblo”. ROCHER, G. citado por Doris Cooper en COOPER MAYR, Doris. *Ideología y tribus urbanas*. Lom ediciones. Santiago, Chile, 2007. Pág. 53.

²⁹³ *Ibidem*. Pág. 54.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ *Ibidem*.

Todo ello trasunta las investigaciones, dejando el criterio científico al manejo velado de la ideología.

Para la óptima comprensión de la propuesta, se torna indispensable la transcripción íntegra del concepto. De modo que, Doris Cooper, entiende por *configuración ideológica capitalista* “la integración de las ideologías de sexo-género y orientación sexual, de raza-etnia, de clase social, de intervalos etarios y del desarrollo, que constituyen una construcción simbólica cultural, constituida por mitos, elementos religiosos o científicos y por el conocimiento vulgar, que obnubilan, ocultan o justifican la marginalidad de determinadas categorías, estamentos y clases sociales, así como las injusticias del sistema de las cuales éstas son víctimas, en términos estructurales e institucionalizados a nivel de todas las instituciones sociales, y especialmente a nivel de las instituciones económica y política, que amparan determinados tipos de interacción y juegos rólicos, donde se encuentran diferencialmente distribuidos el acceso al manejo del poder económico y político y en consecuencia a la dominación, y que favorecen a otro (u otras) categoría social, estamentos y clase social, y con esto se genera y reproduce la injusticia social. Son estas categorías sociales marginales las que se ven involucradas en problemas sociales y conflictos, que etiologizan la delincuencia común. Estas categorías sociales marginales corresponden a los pobres, las mujeres, los homosexuales, los indígenas e incluso a muchos niños, jóvenes y ancianos”²⁹⁶.

Las ideologías obnubilan y obscurecen, las verdaderas causas de la abismal diferencia en el ejercicio del poder. Las diferencias sociales pasan a ser una realidad natural y justa dentro del proceso de aprendizaje y de aprehensión al que son sometidos los actores sociales. Se teje, por consiguiente, un proceso de socialización, mediante mecanismos formales e informales, que cumplen el objetivo de transmitir los comportamientos mentales psicosociales y los comportamientos físico-sociales rólicos e interactivos asociados, constitutivos de cada subcultura, cada una de las cuales se encuentra impregnada, primero, por la ideología de clase y, segundo, por las otras ideologías. El proceso de socialización impregna, también, a las instituciones sociales y estas son, finalmente, respaldadas por el Estado de derecho.

²⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 56-57.

Cooper, amplía la explicación, en términos analíticos, señalando la existencia de ciertos reflejos subjetivos de la realidad; para este caso, particular relevancia tiene el reflejo cognitivo. Si bien se distingue en dos niveles, el que nos interesa corresponde a la denominada conciencia habitual²⁹⁷. Referida al conocimiento originado en la cotidianeidad, que es reflejo de percepciones sensibles e inmediatas en base a un razonamiento acrítico. Lo que origina, en definitiva, un supuesto sentido común, reafirmado por argumentos de autoridad o seudo científicos. La autora prefiere denominarla *ideología cotidiana* antes que conciencia habitual, en tanto expresión del conocimiento producido en un contexto ideológico-cotidiano. Precisamente, lo que intenta afirmar es que el “sentido común”, es ideológico²⁹⁸. Así, los prejuicios deducidos de éste, reafirmados por criterios técnicos y amparados por las normas jurídicas, justifican -a nivel psicosocial- un determinado comportamiento, la superioridad de los dominantes, y lo que éstos deciden debe ser aplicado a los dominados.

La explicación era ineludible para relacionar la teoría con el vínculo pena-educación. En el caso de los adultos, el derecho penal justifica las medidas correctivas-resocializadoras en aras de una justificación preventiva especial positiva. Sin embargo, la ley penal correspondiente a quienes han cumplido la edad adulta, no emplea, explícitamente, el término educación. En cambio, como hemos latamente expuesto, en el campo adolescente, es recurrente el vínculo de la sanción con criterios educativos. Humildemente, sostengo que el vínculo se deduce de una de las ideologías insertas en la teoría de Doris Cooper: la ideología de intervalos etarios. Sin entrar en detalles porque no es del interés de esta exposición, consiste en la falsa conciencia sobre la determinación cognitiva y conductual de un sujeto a partir de su edad. Esto es, los adultos se conceptualizan de una determinada manera a partir de un proceso de socialización que sumando valores y argumentos de autoridad, generan una figura sobre la cual los criterios de comportamientos correctos e incorrectos son previamente determinados ideológicamente y asegurados jurídicamente. Asimismo, con la adolescencia, se establece un sujeto promedio, constituido por comportamientos y valores que se alojan en la

²⁹⁷ Doris Cooper cita a Bate, señalando que la conciencia habitual consiste en “el nivel de conocimientos que se originan a partir de la práctica social cotidiana. Su forma es básicamente empírico-espontánea. Sus contenidos son reflejos de la inmediatez sensible y del razonamiento elemental acrítico...se estructura sobre la base de la lógica asociativa del sentido común... Los argumentos que refuerzan los juicios son de autoridad... o de seudo-evidencia empírica (colección de hechos unilateralmente seleccionados)”. *Ibidem*. Pág. 58-59.

²⁹⁸ *Ibidem*. Pág. 65.

conciencia social como sentido común. Ante un comportamiento fuera de estos parámetros, se le denominará desviado, en el entendido que, *ex ante*, existe un comportamiento validado, cómo, a través de este proceso socializador. De igual manera, el sentido común no sólo señala qué comportamiento se ajusta a los valores sociales y a las normas jurídico penales, sino que también, y aquí está la diferencia con el trato hacia los adultos, para los adolescentes se añade cuál es la razón de este comportamiento. Concebido como una decisión errada -en clave *libre albedrío*- el sentido común (presente en todos los actores del sistema, incluidos especialistas en derecho penal y legisladores) indica que estos individuos deben pasar por un proceso de socialización; es decir, los adultos socializados ideológicamente esgrimen la necesidad de ejercer un proceso socializador sobre los adolescentes, lo que, en consecuencia, deviene en un segundo nivel de socialización proveniente del primero. La educación, se constituye así, desde un aspecto formal e informal como una ideología de segundo nivel (el primer nivel es la ideología de clase) y proveniente de una ideología secundaria como lo es la de intervalos etarios. Todo esto trae como consecuencia insalvable, desde un paradigma tradicional, la cosificación o reificación de la adolescencia; es decir, su entorno, inclinaciones, sistemas axiológicos no son considerados.

Por otro lado, en el camino hacia la democracia de aquellos grupos denominados periféricos de la base social capitalista, Baratta, plantea tres anomalías que diferencian la historia de niños y adolescentes que pueden encontrar explicación originaria en la ideología de intervalos etarios. En primer lugar, son excluidos explícita y programadamente del pacto social de la modernidad: exentos del ejercicio de la ciudadanía tanto de hecho como de derecho. Independiente de la posibilidad de tener acceso a derechos civiles, el impedimento participativo refleja una diferenciación entre agentes racionales e irracionales, constitutivo de un fundamento ontológico y ético del derecho natural y del contractualismo. En segundo lugar, la lucha de niños y adolescentes por su derecho a igualdad se desvincula de la lucha por el reconocimiento de su diferencia. Tercero, la lucha por sus derechos, a diferencia de otros grupos excluidos, no ha sido una lucha propia sino que es dependiente de discurso y del actuar de los adultos²⁹⁹. Las tras diferencias o anomalías en el discurso, hallan explicación en una ideología determinante

²⁹⁹ BARATTA, Alessandro. Infancia y democracia. GARCÍA MÉNDEZ, E., BELOFF, M. (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998), Temis/Depalm. Colombia, 1998, pp. 21-40. Pág. 28.

que impide la elaboración de un reconocimiento desde la adolescencia como categoría autónoma.

Sin dejar al descubierto este panorama no es dable pensar en una alternativa que reconozca la autonomía de la adolescencia y, por consiguiente, deje de instrumentalizarla. Sólo con el desvelo, resulta prudente lidiar con una política criminal alternativa que, siguiendo a Baratta, debe contar con las siguientes características: 1) la interpretación separada de los comportamientos socialmente negativos que se encuentran en las clases subalternas y los que se encuentran en las clases dominantes. Aspecto central en la comprensión de valores diferenciados que definen conceptos como “desviado”; 2) comprender el derecho penal como derecho desigual³⁰⁰. De ello se deriva, con particular importancia en la adolescencia, una radical despenalización y contracción al máximo del poder punitivo; 3) la abolición de la institución carcelaria, punto crítico en el proceso criminalizador de la adolescencia, pues, según Baratta “es ésta la alternativa planteada al mito burgués de la reeducación de la reinserción del condenado”³⁰¹; y, 4) tener en máxima consideración la función de la opinión pública y de los procesos ideológicos y psicológicos que en ella se desenvuelven apoyado y legitimando el vigente derecho penal desigual³⁰². Resulta pertinente agregar un quinto punto de apoyo al enfoque. Silva Sánchez, establece que en aquellos casos en que la pena sólo ejerza una función simbólica, es decir, que la real importancia de ésta sea la publicidad de su imposición o el aspecto aflictivo-material de su ejecución fáctica, debe abrirse la posibilidad a un sistema flexible en su imposición³⁰³.

3.2.- ¿Abandonar el principio educativo?: sanción fundamentada desde la autonomía adolescente.

En el apartado destinado a los fines de la sanción penal juvenil³⁰⁴, fueron expuestas las opiniones de Jaime Couso y de Beatriz Cruz relativas a la necesidad del principio educativo en el derecho pena juvenil. El primero, ofrece seis tesis (no serán nuevamente descritas para evitar innecesarias reiteraciones) sobre la razonabilidad y legitimidad de los

³⁰⁰ Para Baratta se deriva otra consecuencia que estimamos improcedente en materia adolescente, esto es expandir el derecho penal en aquellos casos en que exista un interés esencial. Consideramos que en esta particular esfera, el único interés esencial es la mayor contracción de la tutela penal.

³⁰¹ BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Ob. Cit. Pág. 217.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Política criminal y persona. Ad.Hoc. Buenos Aires, 2000. Pág. 126.

³⁰⁴ Ver *supr*. Capítulo I, Pág. 29.

usos del ideal resocializador en el derecho penal adolescente. Señala que puede ser empleado como una herramienta eficaz para garantizar el respeto de sus garantías, siempre que, en aras de un fin resocializador, se tomen en cuenta su autonomía y subjetividad. Para la segunda, en tanto, y en similares términos que Couso, permite afianzar garantías y visualizar la educación inmersa en la sanción, en donde los fines preventivos especiales resultan vitales. Si bien la argumentación de ambos es más extensa que la escueta presentada en este apartado, se mueve sin desligarse del marco preventivo especial positivo y el consiguiente fin resocializador. Asimismo, la necesidad del principio encuentra sustento en la obra de Cury quien, pese a ser un crítico de la prevención especial positiva, señala que el fin resocializador obedece a la precaria socialización primaria de quienes participan en la convivencia social. Luego, si bien no es cometido de la pena ocuparse de una obligación que corresponde a la organización social, ésta no puede desentenderse cuando se verifica que “no ha conseguido asegurarla en el momento y con los instrumentos de que debió servirse para ello y tiene que recurrir a la sanción punitiva para defender las condiciones de posibilidad de su existencia”³⁰⁵. Asumiendo su carácter desocializador, la responsabilidad de cautelar la socialización constituye un límite tanto para el sistema penal en general, como para la pena en particular. La prevención especial, cumple entonces una función limitadora de la pena en un doble sentido. Por un lado, su imposición se reserva para los casos de extrema necesidad, evitando los efectos sociales negativos; por el otro, sus modos y formas de ejecución deben ser tales que produzcan los menores perjuicios al afectado, tomando en cuenta su socialización³⁰⁶. La función limitadora propuesta por Cury es, precisamente, el punto de partida de las razones argüidas por Couso y Beatriz Cruz en cuanto a la necesidad del principio educativo en la sanción penal adolescente.

Sin embargo, las diversas críticas presentadas en apartados anteriores a la prevención especial positiva y al ideal resocializador, sirven para, al menos, cuestionar su persistencia como fundamento y función de la sanción penal adolescente. En la medida que, a nuestro juicio, la prevención especial positiva constituye una ideología legitimante de la intromisión en la subjetividad adolescente, en ningún caso puede ser concebida como un fundamento y/o fin democrático y respetuoso de su dignidad. Por qué insistir en la prevención especial positiva para limitar su aplicación y afianzar garantías si el hecho de que se enmarque en un sistema especial que, supuestamente, considere las particularidades

³⁰⁵ CURY, Enrique. La prevención especial como límite de la pena. Ob. Cit. Pág. 696.

³⁰⁶ *Ibidem*.

de los agentes, trae como consecuencia un sistema más laxo en la aplicación del control punitivo. Cuáles son los elementos que aporta la prevención especial positiva en el afianzamiento de garantías si, por un lado, cuentan con todas aquellas provenientes del sistema penal general y, por el otro, deben ser aún más estrictas debido a que, en tanto adolescentes, se suma el interés superior del niño en cada una de sus intervenciones. La prevención, en sus diversas dimensiones, se apodera de la justificación sancionatoria con la excusa de ser la única forma de lidiar con un control punitivo que debe esmerarse en la combinación armónica con el fin educativo. Sea exclusivamente la prevención especial, sea un complemento de prevención general y especial –clave prevención integración³⁰⁷- la necesidad de cumplir con las exigencias del principio educativo llevan a la vinculación de la sanción con fundamentos preventivos.

Por todas las razones expuestas, es factible afirmar que, en la búsqueda por un fundamento democrático –desde un enfoque político criminal alternativo- de la sanción penal adolescente, el principio educativo debe ser excluido como punto de partida. Conscientes de que se trata de una perspectiva contra mayoritaria y que puede generar resquemor, persistir en su inclusión trae aparejado, en términos epistemológicos, un discurso continuo e incesante que, en su horizonte humanitario, cae de manera insalvable en argumentos que, en el fondo, no se distancian de aquellos que sustentan al modelo tutelar. Un reconocimiento jurídico efectivo de los adolescentes en tanto personas requiere que, *contrario sensu*, no se les cosifique; precisamente, es lo que ocurre con la orientación general educativa que promueve el principio. Qué requiere, entonces, un fundamento democrático de la sanción penal adolescente. Como condición *sine qua non*, el ejercicio del poder coactivo debe justificarse sobre la base de un reconocimiento efectivo de su calidad de persona; no basta con afirmar su reconocimiento como sujetos de derecho si al imponer una sanción, implícitamente, se insiste en un punto de partida cosificador.

En la búsqueda de una respuesta alternativa y con el evidente distanciamiento de justificaciones de tipo preventivo, la reconstrucción retributiva de la sanción adolescente de Valenzuela -referida anteriormente³⁰⁸- aparece como una que debe ser seriamente

³⁰⁷ Ver, JÄGER, Christian. Menores entre culpabilidad y responsabilidad: ¿qué puede aportar a la comprensión del derecho penal juvenil una teoría de la culpabilidad y responsabilidad orientada hacia los fines de la pena? Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil II, Defensoría Penal Pública, noviembre, 2013, pp. 95-109.

³⁰⁸ Ver, *supr.* Capítulo I, Pág. 35.

considerada. El apartado relativo a los fines de la sanción, tuvo una intención meramente expositiva; metodológicamente, previo a una toma de postura, era necesario realizar las críticas al principio educativo que son el objetivo central de este trabajo. Ahora, con el conjunto de críticas presentadas y habiendo ofrecido un enfoque político criminal alternativo, el punto de vista de Valenzuela cobra mayor relevancia. La importancia radica en la posibilidad que ofrece de ser concordada, lógicamente, con la justificación consecuencialista de la punición retributiva que realiza Mañalich desde Beling. La razón, descansa sobre bases que permiten elaborar una justificación punitiva fundamentada desde la adolescencia, es decir, reconociendo su dignidad como personas autónomas. Tres aspectos de sus observaciones serán fundamentales en esta tarea. Antes de ingresar en ellos, debemos prevenir que una tesis retribucionista de la sanción penal adolescente, no se corresponde con la decimonónica discusión que distingue a teorías absolutas y relativas. No se concibe como la realización absoluta de justicia, ni como la manifestación de una ética deontológica que justifica la punición en un categórico e imperativo deber del Estado³⁰⁹. Sí, en cambio, con la legitimación del reproche penal desde una óptica retrospectiva, que reconozca a los agentes normados penalmente con la capacidad de ser merecedores de castigo; y, a su vez, que éstos reconozcan al Estado como el detentador legítimo del *ius puniendi*. Asimismo, una justificación prevencionista tampoco se condice, necesariamente, con una ética utilitarista. Distinto es que la justificación preventiva de la sanción adolescente parta su análisis desde una ética utilitarista que conlleva, ulteriormente, en cosificación, ahí se ubica la discrepancia de este trabajo para con ella. Iniciando con esta “descompresión” del debate, recién es factible señalar que se trata de programas alternativos³¹⁰.

Hecha la aclaración, volvamos a los tres aspectos que estimamos relevantes, de la perspectiva retribucionista, para una justificación de la sanción desde la autonomía adolescente. Primero, la justificación consecuencialista³¹¹ de la punición retributiva, es

³⁰⁹ Ver, MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. Revista de Estudios Públicos, 2007, pp. 63-83.

³¹⁰ MAÑALICH, Juan Pablo. Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva: una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling. Revista para el análisis del derecho. Barcelona, 2015. Pág. 5.

³¹¹ Si bien Beling no se refiere a la justificación en términos utilitaristas, Mañalich, esgrime que incurre en una confusión terminológica y que, correctamente, debiese denominar “justificación consecuencialista”. Así, “desde el actual estado de la reflexión meta-ética, Beling confunde el género con la especie. Pues él identifica tal exigencia con el desiderátum de que la punición sirva a la ‘protección de intereses reales’, sin que esto alcance todavía a prejuzgar, sin embargo, si acaso ha de tratarse de la protección de *cualquier* interés o , en cambio, de *algún específico* interés ulteriormente cualificado. Y el punto está en que sólo en el primer caso se trataría de una justificación utilitarista, precisamente porque lo que distingue a un utilitarismo de intereses (o

orientada a una finalidad susceptible de ser perseguida a través de la pena y cuya realización, a su vez, le confiera legitimidad³¹². En cuanto a la necesaria susceptibilidad de legitimación del Estado para la punición, Mañalich, esgrime que, según Beling, el interés promovido por la punición retributiva es *sui generis*, de segundo orden, en relación al enorme conjunto de intereses resguardado por el ordenamiento jurídico primariamente. Este interés consiste en “la preservación de la propia autoridad del Estado”³¹³. Ante la necesaria salvaguarda del vasto conjunto de intereses primarios, la autoridad del Estado, se erige como uno de tipo secundario, o derivado, que sólo se legitima en virtud de las normas jurídicas que sirven de promoción y resguardo a los intereses primarios. La pretensión de obligatoriedad de las normas jurídicas, se sustenta en la autoridad que se arroga el Estado en su puesta en marcha; así, reforzando esta autoridad, se contribuye indirectamente, “para ponerlo en palabras de Marx, a la salvaguarda de las ‘condiciones vitales’ de existencia del respectivo grupo social”³¹⁴.

En cuanto a la medida de pena correspondiente en una justificación consecuencialista de la retribución, ésta debe ajustarse a un estricto principio de proporcionalidad que, de lo contrario, haría que todo el entramado teórico pierda legitimidad quitando autoridad al Estado en su tarea punitiva. En palabras de Beling: “el Estado, en vez de alzar, enterraría su autoridad, pues entonces las simpatías se irían hacia quien se volvería víctima de la pretendida ‘retribución’, así como las antipatías hacia el Estado injusto”³¹⁵. Asimismo, según Von Hirsch, la proporcionalidad en las sentencias para adolescentes, debe depender de expectativas normativas diferenciadas y no de reclamos factuales relativos al menor autodominio o mayor sensibilidad al castigo. Desde ese punto de vista –y no uno de tipo psicológico naturalista- debe entenderse el justo o “merecido” castigo que propone en virtud de tres razones que deben primar. A saber, menor culpabilidad de los adolescentes, mayor efecto de los castigos y un principio de mayor “tolerancia” en la aplicación de la censura penal³¹⁶.

de preferencias) es el compromiso radicalmente imparcial con un principio de igual relevancia –y por ende, de entera conmensurabilidad- de todo interés que sea atribuible a cualquier ente capaz de tener intereses”.
Ibídem. Pág. 12.

³¹² Ibídem. Pág. 11.

³¹³ Ibídem.

³¹⁴ Ibídem. Pág. 13.

³¹⁵ Beling citado por Mañalich, Ibídem.

³¹⁶ VON HIRSCH, Andrew. Sentencias proporcionales para menores ¿qué diferencia con las de los adultos? Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil III, Defensoría Penal Pública, noviembre, 2012, pp. 61-85.

Íntimamente relacionado con este argumento, se halla la respuesta alternativa de Bustos frente al problema de legitimación del derecho penal. Si bien se distancia tanto de la teoría retributiva como la preventiva, reconoce que las funciones a las que apuntan ambas teorías deben ser desempeñadas por la pena, pero en otros términos. La función simbólica no puede consistir en la retribución de un mal causado o reparación del derecho quebrantado; por el contrario, partiendo del insoslayable vínculo de la punición con el Estado, esta función consiste en su autoafirmación como “poder coercitivo ante la relación social global”³¹⁷. En cuanto a la función instrumental, el fin esperado no puede significar una anulación que en forma ulterior cosifique a la persona, negando su dignidad. Partiendo de la crítica kantiana a las teorías preventivas, Bustos, señala que la función instrumental sólo puede significar que el fin buscado “no puede ser otro que no sea el de reforzar la condición de persona del condenado. No se trata de someterlo a un tratamiento de reinscripción, pues eso significa su anulación como ser crítico y políticamente participativo en la relación social, sino darle la oportunidad de profundizar en su condición de ser libre”³¹⁸. Como vemos el reforzamiento de la autoridad señalado por Mañalich en Beling, si bien parece del todo compatible con la autoafirmación del estado como autoridad, la crítica de Bustos al retribucionismo parece separarlos. Otra crítica de Bustos profundiza, *a priori*, la distancia: señala que desde la retribución entendida como racionalidad absoluta y desde el bienintencionado propósito de la prevención de humanizar la ejecución, se pierde de vista el carácter ideológico de la pena, así, “los enunciados de estas teorías encubren la realidad de la pena”³¹⁹. En realidad, el hecho de que consienta en que la retribución, en términos tradicionales, no satisface la legitimación punitiva del Estado, es un primer punto en común con la justificación consecuencialista, confirmada, concomitantemente, por el interés en reforzar la autoridad estatal. Aun más, el carácter encubridor que acusa tienen estas teorías de la pena, acerca las posiciones.

Un segundo aspecto para la elaboración de un fundamento punitivo adolescente desde su autonomía –en clave retributivo consecuencialista–, consiste en la performatividad de la reafirmación de autoridad del derecho por vía de retribución. Según Mañalich, el mérito de la justificación retribucionista, ofrecida por Beling, es que permite identificar a

³¹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. Cit. Pág. 57.

³¹⁸ *Ibidem*. Pág. 59.

³¹⁹ *Ibidem*. Pág. 56.

la pena como un artefacto ideológico. Lo que inicialmente parecía escindir posiciones con Bustos, como dijimos, los aproxima, pues lejos de persistir en el velo que suponen las teorías de la prevención y retribución -en su tendencia generalizada-, una justificación retributiva consecuencialista permite descubrir el carácter ideológico de la pena³²⁰. Con performatividad hace alusión a la conexión interna que supone la intervención estatal y su resultado, el que, desde la teoría de los actos de habla, no se corresponde con un, *efecto perlocutivo*, en tanto acción mediada simbólicamente, lo que la distingue de una conexión externa; sí, en cambio, con una *fuerza ilocutiva*, codificada desde sí misma, implícitamente, al momento de irrogar un mal. En suma, “la reafirmación de la autoridad del derecho quebrantado no es algo que hubiera de tener lugar, contingentemente, a consecuencia de la punición retributivamente orientada, sino que se trata de una prestación cuya realización se encuentra *constitutivamente determinada* por la satisfacción de las condiciones institucionales de las cuales depende que la respectiva reacción al quebrantamiento imputable del derecho exhiba el estatus de punición merecida”³²¹. Relacionar la pena con un artefacto ideológico se entronca directamente con las indicaciones relatadas anteriormente para una política criminal alternativa; deviene, por tanto, en una de las características más importantes en la elaboración teórica de base crítica para la adolescencia, allanando el camino para futuros programas alternativos, no criminalizadores y, en el mejor de los casos, ajenos al derecho penal.

Finalmente, el tercer aspecto a considerar, se asienta en el reconocimiento de la autonomía del agente como presupuesto del merecimiento punitivo. Mañalich siguiendo a Beling, establece que la legitimidad de una pena retributiva tiene que descansar en un juicio de merecimiento personalizado. En relación con una praxis intercomunicativa, la imposición de una pena, individualmente merecida, contiene el “valor declarativo” de reconocer al hechor como un agente racional³²². Este reconocimiento es un aspecto de suma importancia para un fundamento de la sanción desde la autonomía adolescente; pues, en la medida que no son ciudadanos y, por consiguiente, ausentes del proceso comunicativo que confiere legitimidad a las normas, la vinculación de adolescentes con un reproche penal se torna complejo. Como advertimos anteriormente, este proceso legitima la autoridad del Estado para su ejercicio (de ahí el fundamento de reforzarla) y a los

³²⁰ MAÑALICH, Juan Pablo. Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Ob. Cit. Pág. 18.

³²¹ *Ibidem*. Pág. 20.

³²² *Ibidem*. Pág. 15.

participantes como legítimos destinatarios de normas de comportamiento y de sanción. Impedidos de participación y, por tanto, de autonomía pública, resulta cuestionable hacerlos objeto del reproche penal. No obstante, la posibilidad que entrega la pena retributiva -evitando instrumentalizar- es reconocer la autonomía de los adolescentes en tanto agentes racionales como destinatarios de una respuesta personalizada y merecida. Ahondando en la explicación, la tan divulgada especialidad característica de la responsabilidad penal adolescente deviene en infértil si el reproche penal no goza de legitimidad; la autonomía agencial como presupuesto de merecimiento, por el contrario, permite una sanción personalizada y particularizada, restringiéndola sólo a casos calificados.

La medida de merecimiento personalizado debe ser identificada con la medida de culpabilidad individual por el quebrantamiento del derecho. Beling, según Mañalich, descarta la visión “naturalista” con una concepción psicológica de culpabilidad equiparándola con la noción de reprochabilidad³²³. Así, el presupuesto para el reproche de una persona se basa en que el quebrantamiento del derecho no sólo debe haber sido evitable “sino también en que ésta haya contado con la suficiente ‘fuerza de resistencia’”³²⁴. Este punto es definitorio en el reconocimiento de adolescentes como agentes particulares, con autonomía y una identidad particular, pues la libertad individual manifestada en un comportamiento, no es tratada como una abstracción descontextualizada; sí, como una que, independiente de los múltiples factores de influyen en su conformación, puede ser entendida y medida como auto-determinada.

Un fundamento retributivo de la sanción, permite abandonar el principio educativo sin que por eso pierda legitimidad la autoridad punitiva del Estado. Que la educación sea crucial para los adolescentes no significa que también sirva como fundamento válido para la imposición de un reproche penal, como señala Valenzuela, “la ‘pena juvenil’ no puede ser descrita, entonces, como ‘pena educativa’, sino que existe algo distinto en el nivel de fundamentación que permite sostener que penar a un menor es distinto que penar a un adulto”³²⁵. Justamente, reconocer las peculiaridades de la etapa adolescente, no es una premisa correcta para deducir que la educación es una manifestación de especialidad que

³²³ *Ibíd.*

³²⁴ *Ibíd.*

³²⁵ VALENZUELA, Jonathan. La pena y la educación. Ob. Cit. Pág. 252.

debe imbricarse con la sanción. Dejando el adjetivo, la sanción a secas, se reconoce por lo que es, un mal programática e ideológicamente impuesto por el Estado. El propósito es permitir cada vez más un reconocimiento integral del adolescente en cuanto persona e impedir replicar, subrepticamente, el modelo tutelar. Sin principio educativo, las garantías no tienen porque verse disminuidas, por el contrario, deben acentuarse en tanto se excluyen ocultas finalidades correctivas que confunden tanto a tribunales al imponer una sanción como a la conciencia social al fomentar mayor intromisión. Que se abandone la educación como principio, sólo significa quitarla de la instancia justificadora del castigo y de la orientación general del sistema; no excluyente con la que constituye un derecho social que debe ser garantizada en todo momento.

Con todo, justificar la sanción penal adolescente con educación es doblemente atentatorio contra la dignidad y reconocimiento de su calidad de persona debido al hecho de que, ante la imposibilidad participativa en el pacto social, realizar un reproche penal es legítimamente cuestionable. Sin un fundamento y legitimación acorde con la requerida para la punición, sancionar y, aún más, someter a un castigo educativo, es deleznable. Si bien con una reconstrucción retributiva, creemos, se salva un tanto la brecha existente en términos de legitimación, en ninguno caso es la aspiración. Un reconocimiento amplio de su autonomía desde la adolescencia, como agentes racionales y libres, en un contexto democrático pleno, que conceda, incluso, la capacidad de participar socialmente por medio del reconocimiento de la adolescencia como parte de la ciudadanía en sintonía con sus peculiaridades, es el objetivo político que nace de las críticas. En otros términos, “en mi opinión el futuro de la democracia, para utilizar el título de un conocido libro de Norberto Bobbio, está fundamentalmente vinculado al reconocimiento del niño, no como un ciudadano futuro sino como un ciudadano en el sentido pleno de la palabra. Mi tesis es que si en el lugar de una interpretación fragmentaria y estática utilizamos una interpretación sistemática y dinámica de la Convención desarrollando su espíritu con el debido respeto de su letra, resultará que el niño, en cualquier fase de su desarrollo, incluso el niño pequeño, tiene una ciudadanía plena”³²⁶. Sólo así, actualmente, puede ser legítimamente sancionado un adolescente; sólo así, pueden ser reconocidos plenamente como personas; sólo así, podemos tener la futura expectativa de una respuesta ajena al derecho penal.

³²⁶ BARATTA, Alessandro. Infancia y democracia. GARCÍA MÉNDEZ, E., BELOFF, M. (compiladores.), Infancia, ley y democracia en América Latina. Ob. Cit. Pág. 32.

CONCLUSIONES

Ni medida, ni pena, el castigo que representa la responsabilidad penal adolescente se denominó sanción, evitando, primero, los anquilosados criterios de peligrosidad propios de las medidas y, segundo, una probable proximidad terminológica con el derecho penal general. La sanción, así, se constituye como elemento caracterizador del modelo de responsabilidad penal especial para adolescentes; pues, representa la superación del paradigma paternalista del modelo tutelar. De esta manera, cumple con explicitar las consecuencias del reconocimiento de los adolescentes como sujetos de derecho, en la medida que refleja su aptitud para ser culpables y el merecimiento para ser castigados, a saber, su responsabilidad. En virtud de la CDN, el sistema se caracteriza por recoger la especialidad en el tratamiento de jóvenes infractores y el interés superior del niño como principios básicos a respetar en cada intervención. Ambos principios, tanto el de especialidad como el interés superior, permiten volver a lo que parecía olvidado: una intención educativa. En este sentido, el principio educativo añade un complemento enunciativo a la sanción, pasando a adquirir el nombre de sanción educativa. Por tanto, siguiendo a Carlos Tiffer, el principio educativo es el eje configurador del sistema de sanciones y razón teórica para el sistema penal juvenil. Expresado normativamente, en el caso chileno, en el artículo 20 de la LRPA.

En cuanto a qué tipo de educación se refiere, el concepto es de tal amplitud que dificulta la posibilidad de una definición, con mayor razón si deben ser compatibilizados dos objetivos tan disímiles como el castigo y la educación. De ahí la dificultad, explicada en el primer capítulo, de fijar su contenido y características. Señalamos que para Beatriz Cruz, el principio educativo, constituye una de las principales manifestaciones de la especialidad del derecho penal adolescente y se fundamenta, principalmente, en las mejores condiciones en que se encuentran, en relación con los adultos, para responder favorablemente a una intervención educativa y, a su vez, en la mayor vulnerabilidad ante los efectos negativos de la sanción. Con la legitimación científica que otorgan las afirmaciones de la psicología del desarrollo, Beatriz Cruz, establece que se trata de una forma de orientar y prevenir el futuro comportamiento delictivo mediante herramientas educativas insertas en el sistema de justicia penal, respetuosas de su autonomía y dignidad. Por su parte, Jaime Couso, complementa esta argumentación estableciendo que la existencia del principio educativo permite una dirección parcial del comportamiento en

aras de una exigencia conductual ajustada a las normas penales. Así, deriva seis tesis sobre la razonabilidad y legitimidad del ideal resocializador en el derecho penal de adolescentes. En síntesis, están contestes en la necesidad de la presencia del contenido educativo siempre y cuando se trate de una herramienta eficaz para garantizar el respeto por las garantías de jóvenes infractores, enfocado en la resocialización como un fin que debe, antes que todo, considerar su autonomía y subjetividad.

Como vimos, la literatura especializada no se refiere particularmente al contenido que caracteriza al principio; sí, en cambio, a las razones que justifican su permanencia. Siguiendo a Beatriz Cruz, el fin educativo con enfoque resocializador debe considerar que la personalidad del hechor se encuentra en desarrollo. De manera que, el único fundamento punitivo que permite fortalecer la interiorización de las normas y, en consecuencia, su acatamiento, es la prevención especial positiva. Conciente de las variadas críticas en contra de esta teoría, la autora señala que el principio educativo redefine la idea de prevención en una doble dirección: por un lado, se proscribió un fin educativo de carácter autoritario; por el otro, flexibiliza el concepto de resocialización. Esta flexibilidad se desprende de las positivas consecuencias de una sanción ligada con aspectos educativos en virtud de la mayor viabilidad de cumplir con el objetivo de resocializar; habida cuenta de la etapa formativa y transitoria en que se encuentran las y los adolescentes siendo, por tanto, más influenciables y receptivos. En suma, Carlos Tiffer, insiste en la importancia de orientar la sanción hacia un fin preventivo especial positivo; pues, continúa, su etapa de desarrollo requiere de sanciones que incidan positivamente al momento de la punición. Advierte que al definir el principio se corre el riesgo de limitar su contenido, no obstante, para clarificar su importancia en los términos anteriormente descritos, propone la siguiente definición: “son todas aquellas estrategias o programas, públicos, en el Estado Democrático, que al momento de la imposición de una sanción penal juvenil, como durante su ejecución, se consideran para apartar al adolescente del delito y fomentar la responsabilidad de sus actos frente a terceros. Se trata de educarlo en la responsabilidad”³²⁷.

Por su parte, el Capítulo II cumplió la misión de exponer ampliamente los conocimientos provenientes de la psicología del desarrollo que, reiteradamente, emplea la dogmática penal en su afán de definir –limitadamente- la adolescencia. Los conocimientos

³²⁷ Ver *supr.* Capítulo I, Pág. 40.

provenientes de Piaget y Kohlberg fueron expuestos para mostrar el desarrollo cognitivo y moral, respectivamente, que caracterizan a este período. Señalamos que la pretensión conjunta de “enderezar y educar” puede ser analizada por dos vías. Una primera vía, se relaciona con las mejores expectativas de una intervención a edad temprana; la segunda, relativa a la pertinencia de asociar desarrollo, aprendizaje y sanción. Sin embargo, qué es lo que se trata de enseñar: aquello que, en virtud del comportamiento desviado, demuestra que fue aprehendido indebidamente y que, por consiguiente, revela la necesidad de conferir las herramientas para su correcta adecuación, es decir los valores contenidos en las normas infraccionadas. Dijimos que según esta la lógica, el proceso de conocimiento –en este caso valorativo- sigue un curso lineal-deductivo, desconociendo la complejidad que, según Vigotsky, tiene el proceso de aprendizaje. De manera que, de la infracción de normas penales no se sigue, necesariamente, carencia de conocimiento de los valores implicados en las normas o un desconocimiento absoluto de las mismas; se puede argüir comunicabilidad deficiente, pero difícilmente que se encuentren exentos de su conocimiento o que desconozcan los valores que las inspiran. Persistir en dicha pretensión basándose en un argumento de autoridad científica, no hace más que confirmar la cercanía con las expectativas correctivas que caracterizan al modelo tutelar. Asimismo, hablar de valores sin distinción tiene una velada carga ideológica en tanto se desconoce la existencia de la pluralidad de valores y graduaciones de los mismos presentes en la vida social. En este sentido, la escisión entre el horizonte educativo y el desenvolvimiento social de los adolescentes le quita credibilidad al afán correctivo; pues, cómo entregar valores si hay condiciones que exceden a la consideración en abstracto de evaluar un comportamiento como bueno o malo.

En cuanto a los fines de la sanción, particularmente de la prevención especial positiva, más arriba señalamos la redefinición propuesta por Beatriz Cruz de esta teoría en virtud de la especialidad, que caracteriza al derecho penal juvenil, y los conocimientos provenientes de la psicología del desarrollo. Sin embargo, tal redefinición no basta para afirmar que, en la práctica, la enorme gama de críticas referidas a esta teoría son superadas. Entre las críticas que, a nuestro juicio, la redefinición propuesta por la autora no logra soslayar se encuentra la falacia del tipo *post hoc* (causa falsa) relacionada con la reincidencia. Si un adolescente se abstiene de delinquir, no hay forma de comprobar que la no reincidencia se sigue de la sanción. Con esto criticamos la necesidad del principio educativo como manifestación del principio de especialidad y, por el contrario, estimamos

que se corre el riesgo de producir el efecto que se trata de evitar; pues, pese a la limitación de las medidas, respondiendo a las voces que alegan mayor punición, se puede optar por la de mayor duración con la excusa “humanitaria” de intervenir educativamente. Siguiendo con esto, en el Capítulo III, se expusieron las críticas a la prevención especial positiva y el forzado intento por obviarlas con el fin de lograr coherencia en la imposición de una sanción ligada con una educación de carácter resocializador. El manto de duda se expresa en la obcecada insistencia en un fin que, implícitamente, entraña un objetivo correctivo conductual.

Constatamos en el apartado destinado a la epistemología de la sanción penal adolescente, la dificultad de vincular adolescentes y reproche penal ante la falta de autonomía pública que los caracteriza. La finalidad preventiva especial positiva no basta para llenar el vacío legitimador; incluso, añade complicaciones en virtud de las críticas que se le endosan, que van en franco detrimento del ansiado reconocimiento de su calidad de personas. Así, ante las complicaciones epistemológicas que dificultan teóricamente legitimar el castigo en la adolescencia, parece aún más complejo justificar el carácter educativo en la sanción. En este sentido, sostuvimos que, precisamente, el ideal educativo facilita el reproche penal durante la adolescencia; pues, la educación, confiere el carácter humanitario requerido para vincularlos con el derecho penal. Recurrir a la psicología del desarrollo le otorga legitimidad desde una óptica científicista que erige, así, un entramado que secretamente criminaliza, pero que explícitamente resocializa; enmarcado en la instauración de un principio que, ideológicamente, lo resume y lo justifica: el principio educativo. Reiteradamente fue realizada la advertencia respecto al uso de la palabra ideología: en los términos que Baratta prescribe, se trata de una falsa conciencia que hace patentes ciertos intereses y oculta, subrepticamente, aquellos que se espera alcanzar. El principio educativo, en consecuencia, oculta la razón instrumental que imperaba en el modelo tutelar persistiendo, veladamente, en el actual sistema. Razón que crítica Myrna Villegas al referirse a la LRPA, cuestionando la búsqueda de fines por parte del Estado mediante la imposición de la sanción adolescente. Por las mismas consideraciones es que afirmamos que la ideología de la defensa social todavía rige el tratamiento relativo a la adolescencia y, por consiguiente, dudamos de la superación del modelo tutelar. En síntesis, consideramos que el principio educativo, lejos de ser una herramienta útil para la protección de garantías, constituye una herramienta ideológica que, mediante el empleo de lenguaje humanitario, oculta la insistencia en la razón instrumental presente en el modelo

tutelar y en la ideología de la defensa social; también, permite obviar las críticas que previenen sobre las consecuencias cosificadoras de esta razón y de la prevención especial positiva, contradiciendo los objetivos buscados en virtud de la CDN y el resto de instrumentos internacionales afines; a su vez, ante la subsistencia de criterios –velados- de peligrosidad promueve una homologación de la adolescencia con un territorio ajeno al pacto social, permitiendo la implementación de un derecho penal del enemigo; y, finalmente, conlleva al cuestionamiento del efectivo reconocimiento de las y los adolescentes como sujetos de derecho.

Se propuso un cambio de paradigma que tenga como punto de partida la criminología crítica. Los procesos definitorios son fundamentales para comprender la fenomenología delincencial; así, desde una perspectiva crítica, la sanción educativa surge de un proceso de definición ideológico. Desviación, crimen, delito, aun el principio educativo, son conceptos que nacen de este proceso de definición explicado por Melossi a raíz de la función simbólica que atribuye al derecho penal. Un enfoque alternativo en materia adolescente exige, previamente, identificar la pretensión educativa como una ideología anterior a la definición de las normas de comportamiento y de sanción, que responda al porqué de la necesidad constante y persistente de velar por la asociación de la adolescencia con resocialización, reinserción y, actualmente, con educación. De acuerdo con esto, la teoría de la configuración ideológica capitalista de Doris Cooper, fue empleada para hallar una respuesta en la percepción que se tiene sobre la adolescencia reflejada en discusiones científicas y legislativas. La ideología de intervalos etarios, en tanto una de las ideologías que forman parte de la configuración ideológica capitalista, ofrece una explicación coherente de la real conciencia que se tiene sobre la adolescencia. En este sentido, la educación, es una asociación producida en virtud de la ideología de intervalos etarios que cosifica la adolescencia desconociendo su entorno, inclinaciones, valores, culturas y subculturas. Todas estas consideraciones deben ser un punto de partida en la instauración de una política criminal alternativa en materia adolescente.

Un reconocimiento jurídico y social efectivo, desde la criminología crítica y una política criminal alternativa, no puede estar vinculado a ninguna teoría, principio u orientación que, primaria o secundariamente, culmine en una especie de cosificación o despersonalización. Por ello, se estima que, pese a las opiniones que reconocen en el principio educativo una oportunidad de reafirmar garantías, sus efectos ulteriores son

nocivos en el ansiado reconocimiento efectivo, democrático y plural de la adolescencia. Valga con recordar que el ejercicio del poder coactivo debe justificarse sobre la base de un reconocimiento efectivo de la calidad de persona; no basta con afirmar su reconocimiento como sujetos de derecho si al imponer una sanción, implícitamente, se insiste en un punto de partida que produce efectos adversos.

Asumiendo la dificultad de promover, dadas las condiciones históricas y sociales, un punto de vista abolicionista, se abordó la posibilidad de abrigar una justificación retribucionista de la sanción penal adolescente. Siguiendo a Mañalich, se expuso el distanciamiento con la discusión que la sitúa como una teoría absoluta, siendo presentada desde la justificación consecuencialista de Beling. Dos aspectos fueron de interés en aras de una política criminal alternativa: el reconocimiento de la pena como artefacto ideológico y el reconocimiento de la autonomía del agente como presupuesto del merecimiento punitivo. Desde esta teoría justificadora de la sanción, es factible un abandono del principio educativo sin que por eso pierda legitimidad la autoridad punitiva del Estado. La razón de fondo está en bregar por un reconocimiento desde la perspectiva adolescente e impedir replicas, subrepticias, del modelo tutelar. Un reconocimiento efectivo de la adolescencia, como agentes racionales y libres incluso debe permitir su comprensión como ciudadanos, no a medias, ni en tránsito, sino plenamente. Siguiendo a Baratta, una ciudadanía en sintonía con sus peculiaridades es el fin último de una perspectiva crítica en un contexto democrático.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal de menores. Traducción al castellano por Juan Bustos Ramírez. PPU, Barcelona, 1990.
2. ALVARADO URIZAR, A., et al. Análisis de los fines de la pena en la Ley N° 20.084: ¿Salvadores del niño o retribucionistas? Revista de estudios Ius Novum, Vol. 1, 2008, pp. 23-44.
3. BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Siglo veintiuno editores. Madrid, España, 2000.
4. BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad y la política social. En Delito y seguridad de los habitantes. Coordinador, CARRANZA, Elías. Editorial Siglo XXI, programa Sistema penal y Derechos humanos de ILANUD Y Comisión Europea. San José, Costa Rica, 1997. pp. 80-95.
5. BARATTA, Alessandro. Infancia y democracia. GARCÍA MÉNDEZ, E., BELOFF, M. (compiladores.), Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998), Temis/Depalm. Colombia, 1998, pp. 21-40.
6. BELOFF, Mary. Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006). Justicia y Derechos del niño, N° 9, UNICEF. Santiago, Chile, 2007, pp. 177-217.
7. BERRIOS, Gonzalo. El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes. Revista de Estudios Jurídicos, N°6, 2005.
8. BERRÍOS, Gonzalo. La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. Revista de política criminal. Vol. 6,

Nº 11. Junio 2011, Art. 6, pp. 163-191.
[http://www.politicacriminal.cl/VOL_06/n_11/VOL6N11A6.pdf].

9. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. Anuario de Derecho Pena y Ciencias Penales. Volumen LVI, 2003, pp. 113-150.
10. BOVET, Lucien. Aspectos Psiquiátricos de la delincuencia juvenil. Estudio preparado para la Organización Mundial de la Salud como contribución al programa de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes. Oficina Sanitaria Panamericana. Washington, 1954.
11. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Introducción al derecho penal. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1986.
12. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. El Derecho penal del Niño-Adolescente. Estudio de la ley de responsabilidad penal adolescente. Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago, 2007.
13. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Bases críticas de un nuevo derecho penal. Editorial jurídica Conosur. Santiago, 1994.
14. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Nuevo sistema de derecho penal. Editorial Trotta. Madrid, 2004.
15. CASTORINA, José Antonio; BAQUERO, Ricardo. Dialéctica y psicología del desarrollo: el pensamiento de Piaget y Vigostky. Amorrortu editores. Buenos Aires, 2005.
16. CATENA, Ana Martínez; ILLESCAS, Santiago Redondo. Carreras delictivas juveniles y tratamiento. Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria= Revista de servicios sociales, no 54. Barcelona, 2013, pp. 171-183.

17. CILLERO, Miguel. Consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad en la determinación de las sanciones en el Derecho Penal de Adolescentes chileno. Unidad de Defensa penal juvenil, Defensoría penal pública. Documento de Trabajo N° 13, abril, 2008.
18. COOPER MAYR, Doris. Delincuencia y desviación juvenil. Lom ediciones. Santiago, Chile, 2005.
19. COOPER MAYR, Doris. Ideología y tribus urbanas. Lom ediciones. Santiago, Chile, 2007.
20. CURY URZÚA, Enrique. Derecho penal parte general. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile, 2005.
21. CURY URZÚA, Enrique. La prevención especial como límite de la pena. Anuario de derecho penal y ciencias penales, N° 3, Vol. 41, 1988, pp. 685-702.
22. COUSO, Jaime. Principio Educativo y (RE) Socialización en el Derecho penal juvenil. Justicia y Derechos del Niño, N° 9, UNICEF, agosto, 2007.
23. COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencia para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII, Valparaíso, Chile, 2012.
24. COUSO, Jaime. La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084. Documento de trabajo N°12, Defensoría Penal Pública, Unidad de defensa penal juvenil. Marzo, 2008.
25. CUELLO, CONTRERAS, Joaquín. Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad.

En revista electrónica de ciencia Penal y criminología. España, 2010. [<http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-01.pdf>].

26. DAVID, R. Pedro. Sociología criminal juvenil. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1968.
27. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís. ¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo? Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Agosto, 2008. [<http://ciminet.ugr.es/recpc>].
28. DE PIERRIS, Carlos Alberto. Delincuencia Juvenil. Bibliográfica Omega, Editores-Obreros. Buenos Aires, 1963.
29. DIONE, Jacques; ZAMBRANO, Alba. Intervención con adolescentes infractores de ley. Revista Señales, publicación semestral especializada en infancia y adolescencia del Servicio Nacional de Menores. Marzo, 2008, pp. 53-74.
30. DUCE, Mauricio. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. En el marco del proyecto Fondecyt N ° 1080644 denominado “El Principio de Especialidad en el Derecho Penal y Procesal Penal de Adolescentes”, 2009.
31. DÜNKEL, Frieder; CASTRO MORALES, Álvaro. Sistemas de justicia juvenil y política criminal europea. Revista de derecho penal y criminología, 3ª época, N° 12. Julio, 2014, pp. 261-306.
32. DWORKIN, Ronald. La filosofía del derecho. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 2014
33. El Mercurio, edición del miércoles 09 de mayo de 2018.

34. FERNÁNDEZ, De la Peña, María Elena. Memoria para optar al grado de doctor. Conducta antisocial en adolescentes: factores de riesgo y de protección. Universidad complutense de Madrid, Facultad de psicología. Madrid, 2010.
35. FERNÁNDEZ, José Vicente Merino. La "inadaptación y delincuencia juvenil" como objeto de la Pedagogía social. Pedagogía social: revista interuniversitaria, 1989, Nº 4, pp. 91-106
36. FEUERBACH. Tratado de derecho penal. Traducido Zaffaroni/ Hagemeyer, Buenos Aires, 1989.
37. GAITÁN NUÑEZ, María; LÓPEZ MIGUEL, José María. Psicopatología y Delincuencia, implicaciones en el concepto de imputabilidad. Revista electrónica de Ciencias Penales y Criminología. [<http://criminnet.ugr.es/recpc>].
38. GARCÍA MENDEZ, Emilio. Infancia: de los derechos y de la justicia. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
39. GERVILLA CASTILLO, Enrique. Educación y valores. Revista Española de Pedagogía. Universidad de Granada. España, 1998, pp. 399-426.
40. GONZAGA FLORY, Jeffrey Gabriel; JIMÉNEZ POBLETE, Carlos Manuel. Análisis de los criterios de oportunidad en las políticas de persecución penal del ministerio público en concordancia con el principio de igualdad. Tesis de graduación para optar al cargo de licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Octubre, 2010. [<http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/An%C3%A1lisis-de-los-Criterios-de-Oportunidad-en-las-Pol%C3%ADticas-de-Persecuci%C3%B3n-Penal-del-Ministerio-P%C3%BAblico-en-concordancia-con-el-Principio-de-Igualdad.pdf>].
41. GUZMÁN GONZÁLEZ, Patricia; RODRÍGUEZ SERPA, Ferney. La política criminal y la función preventiva de la sanción penal. Revista de Justicia.

Universidad Simón Bolívar. Barranquilla, Colombia, N° 14. Diciembre, 2008, pp. 61-70. [www.unisimonbolivar.edu.co/publicaciones/index.php/justicia].

42. HEIN, Andreas; BLANCO, J.; MERTZ, C. Factores de riesgo y delincuencia juvenil: revisión de la literatura nacional e internacional. Santiago de Chile: Fundación paz ciudadana, 2004
43. HOPKINS, J. Roy. Adolescencia, años de transición. Ediciones Pirámide. Madrid, 1987.
44. JÄGER, Christian. Menores entre culpabilidad y responsabilidad: ¿qué puede aportar a la comprensión del derecho penal juvenil una teoría de la culpabilidad y responsabilidad orientada hacia los fines de la pena? Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil II, Defensoría Penal Pública, noviembre, 2013, pp. 95-109
45. KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Editorial Porrúa, México, 1993.
46. KOHLBERG, Lawrence. Psicología del desarrollo moral. Editorial Desclée de brouwer S.A. Bilbao, España, 1992.
47. LAGOS COFRÉ, Juan Omar. La dimensión filosófica y moral de la pena. Revista de Derecho volumen XII, Universidad Austral de Chile.
48. LARRAÍN, Jorge. El concepto de ideología. Vol. 1. Lom. Santiago, Chile, 2007.
49. MAÑALICH, Juan Pablo. Pena y ciudadanía. Revista de Estudios de la Justicia, N° 6, 2005, pp. 63-83.
50. MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. Revista de Estudios Públicos, 2007, pp. 63-83.

51. MAÑALICH, Juan Pablo. Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva: una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling. Revista para el análisis del derecho. Barcelona, 2015.
52. MALDONADO, Francisco. Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales adolescentes. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N°5, 2014.
53. MARTÍN CRUZ, Andrés. Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de edad. Albolote. Comares, 2004.
54. MARTÍNEZ RINCONES, J.F. Política criminal y adolescencia en América Latina. Especial referencia al caso Venezuela. Revista CENIPEC. Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela N°. 18-19, pp. 145-167. [<http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/23590>].
55. MAUREIRA PACHECO, Max. Epistemología y racionalidad del castigo. Revista nuevo foro penal N°66, 2003, pp. 42-71. [<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal>].
56. MCKINNEY, John Paul, FITZGERALD, Hiram E.; STROMMEN, Ellen A. Psicología del desarrollo: edad adolescente. Editorial El Manual Moderno, S.A. México, 1982
57. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. American psychiatric association (DSM V). Quinta edición. Editorial Médica Panamericana. Buenos Aires. Bogotá, Caracas, Madrid, México, Porto Alegre. [www.medicapanamericana.com].
58. MELOSSI, Darío. La cuestión penal en “El Capital”. Revista Delito y Sociedad, 2012, vol. 1, no 33, pp. 125-140.

59. MELOSSI, Darío. Ideología y derecho penal, galantismo jurídico y criminología crítica: ¿nuevas ideologías de la subordinación? Revista nueva doctrina penal. Ed. De Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 75-86.
60. MORALES CORTÉS, Julio. La ley de responsabilidad penal de adolescentes dentro de las transformaciones de largo plazo en el ámbito del control social punitivo. Revista Señales, publicación semestral especializada en infancia y adolescencia del Servicio Nacional de Menores. Marzo, 2008, pp. 27-52.
61. MIGLIARDI DURÁN, Mario. Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional. Revista de política criminal, Vol. 4, N° 8, diciembre 2009, pp.266-291 [http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8a1.pdf].
62. PAPALIA, E., Diane y OLDS, WENDKOS, Sally. Psicología. McGRAW-HILL. México, 1988.
63. PAPALIA, E., Diane, OLDS, WENDKOS, Rally, y FELDMAN, DUSKIN, Ruth. Psicología del desarrollo: de la infancia a la adolescencia. McGRAW-HILL. México, 2009.
64. PIAGET, Jean. Seis estudios de psicología. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1986.
65. PINEDA, ALHUCEMA, Fernando Wilmar. La teoría de la mente en la educación desde el enfoque socio-histórico de Lev Vigotsky. Revista de Educación y Humanismo. Universidad Simón Bolívar. Barranquilla, Colombia, Vol. 13- N°20. Julio 2011, pp. 222-233.
66. PLATT M, Anthony. Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia. Siglo XXI editores, México, 1997.

67. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, Cecilia. Lecciones de derecho penal chileno: parte general. Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2004.
68. POZO, J.L. Teorías Cognitivas del aprendizaje. Ediciones Morata. Madrid, 1994.
69. POZUELO PÉREZ, Laura. El futuro del Derecho penal juvenil: de un Derecho penal de menores a un Derecho penal de adultos. Revista para el análisis del derecho, Indret. Barcelona, febrero, 2009.
70. RIVAS LAGOS, Emilia. La evolución del interés superior del niño: hacia una evaluación y determinación objetiva. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2015.
71. RIVERA QUESADA, Lilliana. El fin de la política criminal en un estado republicano de derecho. Humanismo y Derecho penal. Editorial Jurídica continental. San José, 2007.
72. ROMERO, TENA, Alfredo. La capacidad de culpabilidad del menor. Edición del master en derecho penal de la Universidad de Sevilla. España, 2011. [<https://cuadernosdelmaster.wordpress.com/2014/02/19/la-capacidad-de-culpabilidad-del-menor/>].
73. ROXIN, Clauss. Derecho Penal, Parte General. Editorial Civitas, Madrid, 1997.
74. ROXIN, Clauss. Problemas básicos del Derecho Penal. Sentido y límites de la pena estatal. Editorial Reuss, Madrid, 1976.
75. RUIZ CARRILLO, Edgardo; ESTREVEL RIVERA, Luís Benjamín. Vigotsky: la escuela y la subjetividad. Revista pensamiento psicológico. Pontificia Universidad Javeriana. Cali, Colombia, Vol. 8 N° 15. 2010, pp. 135-145.

76. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Pena y estructura social. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1984
77. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Ed. Civitas, 2001.
78. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Política criminal y persona. Ad.Hoc. Buenos Aires, 2000.
79. HORKHEIMER, Max y ADORNO, Theodor. Dialéctica de la ilustración. Editorial Trotta. Valladolid, 1998.
80. HORVITZ LENNON, María Inés. Determinación de las sanciones en la Ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable. Revista de Estudios de la Justicia (Nº 7), 2006.
81. LAGOS COFRÉ, Juan Omar. La dimensión filosófica y moral de la pena. Revista de Derecho volumen XII, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2001.
82. LUKÁCS, Georg. Historia y conciencia de clase. Editorial de ciencias sociales. La Habana, 1970.
83. TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. Fines y determinación de las sanciones penales juveniles. Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil II, Defensoría Penal Pública, diciembre, 2011, pp. 11-44.
84. VALENZUELA, Jonathan. La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil. Revista de Estudios de la Justicia (Nº11), 2009.
85. VÁSQUEZ, GONZÁLEZ, Carlos. Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social (social development theories). Revista de derecho / Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia, Chile. Vol. XIV, julio 2003, pp. 135-158.

86. VON HIRSCH, Andrew. Sentencias proporcionales para menores ¿qué diferencia con las de los adultos? Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil III, Defensoría Penal Pública, noviembre, 2012, pp. 61-85.
87. VYGOSTKI, Lev S. El desarrollo de los procesos psicológicos superiores. Grijalbo. Barcelona, España, 1996.
88. VYGOSTKI, Lev S. El papel del juego en el desarrollo del niño. Ed. Crítica, Grijalbo. Barcelona, España, 1979.
89. VILLEGAS, Myrna. Juventud pobreza y marginalidad. La Ley de responsabilidad juvenil y su “inadecuación” a los tratados internacionales. [www.cienciaspenales.net].

Legislación y proyectos citados:

1. Ley N° 20.084. Establece un sistema de Responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la Ley Penal. 08 de junio de 2007.
2. Proyecto de ley, iniciado en mensaje de SE la Presidenta de la República, que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica (Boletín N° 11.174-07).

Instrumentos internacionales:

1. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea general de la ONU. el 20 de noviembre de 1989. Suscrita por Chile el 26 de enero de 1990, ratificada el 13 de agosto de 1990, promulgada el 14 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial de la República de Chile el 27 de septiembre de 1990.

2. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices RIAD). Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.
3. Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos. Adoptado por la Asamblea General de la ONU. por resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966.
4. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia (Reglas de Beijing). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.