

**ANÁLISIS DE LOS FINES DE LA PENA EN LA LEY N° 20.084:
¿SALVADORES DEL NIÑO O RETRIBUCIONISTAS?**

Agustina Alvarado Urizar*

* Egresada y Ayudante de la Cátedra de Derecho Penal, Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.



RESUMEN	ABSTRACT
<p>En esta ponencia pretendemos analizar el contexto en que surge la Ley N° 20.084 para realizar la comparación pertinente con su símil española, en lo que a los fines de la pena se refiere, de modo de llegar a una conclusión y señalar algunos comentarios al respecto.</p> <p>A modo de prevención, las ideas que se expondrán a continuación analizan la ley sobre la base de que este derecho penal juvenil debe obedecer a fines preventivo especiales, por constituir ésta la doctrina mayormente aceptada. Sin embargo, ello no significa que estemos de acuerdo con ello. Es más, consideramos que cualquiera sea el fin que se reconozca o predique, esta regulación en sí, parte y deriva en situaciones chocantes que desarrollaremos a lo largo de esta ponencia.</p> <p>En lo principal, se trata de demostrar que la normativa en cuestión se limita a sancionar una versión encubierta del antiguo sistema tutelar vigente en nuestro país al alero de la Ley N° 16.618.</p> <p>Palabras claves: Menor, medida de seguridad, responsabilidad, resocialización.</p>	<p>In this paper, we try to analyze the context in which the law 20.084 was arose, in orden to make a comparison with its spanish law, about the penalty's objectives, so that we want to get a conclusion and to point some commentaries about it.</p> <p>As a prevention, the ideas that we are going to expose, analyzes the law over the basis that this young criminal law must obey to special preventive objectives, due to, this is the most accepted doctrine, nevertheless, this does not mean that we agree with it, we even consider that this regulation starts and derives into offensive situations which we are going to develop in this paper. Mainly, we are going to try to demonstrate that this normative is limited to copy a concealed version of the old tutelary system which is in force in our country under the eaves of the Law N°16.618.</p> <p>Key words: Minor, safety measures, responsibility, resocialization.</p>

I. INTRODUCCIÓN **.

Primeramente, debemos comenzar por definir el contexto en que se enmarca la Ley N° 20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a Ley Penal –publicada en el Diario Oficial, el 7 de diciembre de 2005–, para luego referirnos al régimen de “sanciones” que ella contempla.

1. *Del sujeto de protección al sujeto de derecho.*

- a) Modelo tutelar.
- i) Contexto dogmático.

En primer término, cabe señalar que con la LRPA se abandona el modelo tutelar (también llamado “de protección” o “asistencial”) vigente en Chile por aplicación de la Ley N° 16.618 sobre Protección de Menores, cuya adaptación práctica, basada en la informalidad del proceso y fórmulas amplias, terminaba en la configuración de medidas de seguridad¹ –o “de protección”–, por parte del juez de menores, hoy a cargo del juez de familia, dando lugar a un sistema punitivo/ tutelar respecto de niños y adolescentes, completamente desprovisto de las garantías penales y procesales consagradas en la Carta Fundamental y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

En efecto, las leyes de menores sacaban a los menores del Derecho penal, sustituyendo el castigo por la tutela y, en su caso, por el tratamiento correccional, dotando a los tribunales de amplias facultades jurisdiccionales, desprovistos de procedimientos formales, que se inspiraban en la figura del “buen padre de familia” para proteger al menor mediante la aplicación de medidas formativas ad – hoc, atendidas las circunstancias particulares, familiares y sociales, del menor. Sin embargo, con ello los menores quedaban fuera del ámbito de las

** LORPM: Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores española 5/2000, de 12 de enero; LRPA: Ley N° 20.084 que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a Ley Penal; CPCh: Código Penal de Chile.

¹ Las medidas de seguridad corresponden a un planteamiento introducido por Carl Stoos, autor del anteproyecto de Código Penal suizo de 1893, a partir del cual las medidas de seguridad constituyen un grupo orgánico, paralelo al sistema de penas, siendo una respuesta del positivismo, que propuso la fusión de penas y medidas de seguridad bajo el género de sanción. FALCONE SALAS, Diego, *Las medidas de seguridad y la responsabilidad penal*, (Memoria de Prueba, Valparaíso – Chile, 1995, PUCV, profesor guía, Luis Rodríguez Collao), p. 28. En este trabajo, su autor hace referencia a OCAÑA, ANTONIO Y GUTIÉRREZ, Miguel, *Las medidas de seguridad en la doctrina*, en Anuario de la Escuela Judicial, (Madrid, 1971) p. 21.

garantías penales, pero no fuera del derecho penal mismo, puesto que debían soportar la imposición de medidas basadas en la peligrosidad del sujeto y no en su culpabilidad. Ello se demuestra expresamente en el inciso segundo del artículo 32 de la Ley N° 16.618, cuando expresa “aunque se llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que al menor no le ha cabido participación alguna en él, el Juez podrá aplicarle las medidas de protección que contempla esta ley, siempre que el menor se encuentre en el peligro material o moral”.

De este modo, el fundamento del actuar del tribunal no atendía a la configuración del delito sino a la situación individual, familiar y social del menor, e incluso peor, la sola tendencia delictual que pueda proyectar ese entorno, incidiendo fuertemente la raza y clase social, factores todos absolutamente alejados de los principios fundamentales del Derecho Penal. (subprincipio de la responsabilidad por el hecho).

ii) Contexto legal

Al alero del modelo tutelar se estructuran los artículos 10 N° 2 y 10 N° 3 del CPCh.

“El sistema penal de adultos se aplica a los niños mayores de 16 años y menores de 18 que hayan actuado con discernimiento. A ellos se aplica el sistema de adultos sin ninguna modificación, salvo en cuanto la minoría de edad constituye una atenuante calificada que debe ser considerada al momento de determinar la pena”². De esta forma, en virtud del artículo 72 inciso 1º del CPCh opera una rebaja de pena de un grado al mínimo de lo señalado por la ley al delito de que sea responsable. Tal regulación de la imputabilidad se basa en el entendido tradicional que a los 18 años el ser humano adquiere una madurez suficiente para entender el significado y alcance de su comportamiento, sin perjuicio de que desde los 16 años sea susceptible de detentar tal aptitud.

Luego, “el sistema tutelar de menores se aplica a todos los niños infractores menores de 16 años³, y a los mayores de esa edad, pero menores de 18 que hayan actuado sin discernimiento”⁴⁵. En estos casos, el juez de Familia puede imponer alguna de las medidas de

² CILLERO BRUÑOL, Miguel/ COUSO SALAS, Jaime/ JUSTE PICON, María Antonia/ URZÚA TRONCOSO, Paula, *Niños y Adolescentes sus derechos en Nuestro Derecho*, (Ediciones SENAME, Santiago, 1995), p. 95.

³ Inimputable de pleno derecho, por ende, no es posible demostrar la aptitud del menor para captar el sentido jurídico de sus actos.

⁴ Recordar que en nuestro sistema, no existe una definición legal de discernimiento ni una indicación acerca de cuáles son los elementos que el Juez de Familia debe considerar para fundar su pronunciamiento, incluso doctrinal y jurisprudencialmente se encuentran posturas divididas al respecto. La postura minoritaria representada por los profesores Labatut y Garrido Montt la conciben como una capacidad de rehabilitación, con lo cual supeditan la noción de discernimiento a las posibilidades de readaptación o regeneración que ofrece el menor, todo enmarcado según los requerimientos de política criminal. Por el contrario, la mayoría de la doctrina lo relaciona con la capacidad de culpabilidad. Sostienen que el discernimiento es la aptitud del menor para distinguir lo bueno de lo malo y su capacidad para guiar su conducta de acuerdo a dicha comprensión. En definitiva, la hacen coincidir con el concepto de imputabilidad.

protección señalada en el artículo 29 de la Ley N° 16.618, cuales son: devolverlo a sus padres, guardadores o personas que lo tengan a su cuidado, previa amonestación; someterlo al régimen de libertad vigilada; confiarlo por el tiempo que estime adecuado a un establecimiento especial de educación, y entregarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, quedando en este caso sujeto también a libertad vigilada. La duración de estas medidas es determinada por el juez, quien puede revocarlas o modificarlas, según las circunstancias, oyendo al Consejo Técnico de la Casa de Menores o a alguno de sus miembros, en la forma que determina el Reglamento.

iii) Crisis del modelo tutelar.

A partir de la década del 60, se desarrolla la advertencia generalizada del carácter punitivo del modelo tutelar, poniendo en tela de juicio la informalidad y el poder discrecional de la nueva judicatura. En este sentido, un hito gatillante resultó ser el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en 1967 en el famoso caso *in re Gault*, por cuanto declara la inconstitucionalidad del procedimiento establecido por la ley de menores de Arizona, implicando una reivindicación de garantías procesales – penales fundamentales para los menores.

Nuestro país no permaneció ajeno al proceso de críticas en torno al nuevo sistema, por el contrario, el Mensaje de S.E el Presidente de la República, con fecha 2 de agosto de 2002, con el que se inicia la tramitación de esta normativa, hace una análisis de las mismas, constituyendo los fundamentos de la nueva regulación.

Jurídicamente, la reforma se fundamenta en la informalidad⁵ del sistema tutelar de menores como fuente permanente de vulneración de derechos constitucionales, tanto en el ámbito procesal, como en el de las garantías sustanciales, entrando, en consecuencia en no pocas contradicciones con disposiciones de la Constitución y de la CDN, que demuestran que las leyes de menores adolecen de serias deficiencias para garantizar los derechos de los niños y adolescentes. Así, el sistema de discernimiento/attenuación de la pena/medidas de protección que contemplada por nuestra regulación legal era el resultado de una compleja evolución histórica en que se habían entremezclado disposiciones provenientes de diferentes tradiciones jurídicas, constituyendo un resabio de los códigos penales decimonónicos, respondiendo a las tendencias tutelares que fueron dominantes desde comienzos del Siglo XX y que no

⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel/ COUSO SALAS, Jaime/ JUSTE PICÓN, María Antonia/ URZÚA TRONCOSO, Paula, *ob cit.* (n. 2), p. 95.

⁶ Procesos sin forma de juicio; aplicación de medidas sin participación de abogados defensores y dictadas por tiempo indeterminado; sanciones privativas de libertad que vulneran el principio de legalidad a través de la utilización de fórmulas abiertas como la irregularidad, los desajustes conductuales o el peligro material o moral; equiparamiento del tratamiento jurídico de las infracciones a la ley penal con situaciones de amenaza o vulneración de derechos de los niños.

consideraban al niño como un sujeto de derecho. Es más, “es por eso que se acuñó el concepto de **menores** para estos seres, en el sentido de que eran “menos que”, no alcanzaban a ser humanos y por eso necesitaban protección”, “ser salvados de su condición infrahumana, para lograr que algún día pudiesen convertirse en personas”⁷.

Luego, esta desmedrada posición jurídica de los menores se hizo aún más evidente a partir del perfeccionamiento de la justicia penal de adultos con la entrada en vigencia del nuevo sistema de enjuiciamiento penal, ya que al no existir un sistema especializado destinado al juzgamiento y atribución de consecuencias de las infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes, se genera una confusión entre la protección de los niños y las medidas sancionatorias.

Desde el punto de vista de los resultados del sistema, éstos fueron precarios tanto en el ámbito de la protección de los derechos de los imputados, como en el de la política criminal, habiéndose demostrado ineficaz para controlar la expansión de la delincuencia y, a su vez, estimarse favorecedor de la criminalización y estigmatización de los niños. Así, existió un amplio consenso de la necesidad de reformularlo completamente en orden a las más recientes tendencias y recomendaciones de organizaciones internacionales según las cuales resulta conveniente combinar un sistema que responsabilice a los adolescentes por los actos delictivos a través de sanciones adecuadas y proporcionales a los hechos y un amplio marco de políticas sociales que impida toda confusión entre protección de derechos y sanción de actos delictivos.

Desde el punto de vista social la preocupación pública por la seguridad ciudadana y el perfeccionamiento de la Justicia penal resulta evidente en todos los ámbitos en que ha crecido. La justicia tutelar de menores era objeto de críticas no sólo porque no se sometía a los límites y controles que la Constitución Política de la República de 1980 establece para la jurisdicción criminal general, sino también, porque no satisface las exigencias de protección de los derechos de las víctimas de la delincuencia, existiendo además, una sensación de impunidad generalizada frente a la delincuencia infanto – juvenil.

⁷BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho penal del niño – adolescente (Estudio de la ley de responsabilidad penal del adolescente)*, (Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2007), p. 7.

b) Modelo de la responsabilidad.

Por las razones antes dichas es que el proyecto del Ejecutivo⁸ busca consagrar el modelo de la responsabilidad⁹, ya adoptado en la mayoría de las legislaciones del mundo, que desde hacía tiempo habían abandonado el modelo anterior. Con ello se deja atrás la concepción del menor como mero objeto de protección, para proceder a sostener su condición de sujeto de derecho, respecto del cual es posible, a su vez y correlativamente, exigir obligaciones y, por ende, un grado de responsabilidad acorde a su condición de sujeto en desarrollo. Todas estas consideraciones parten de la base de hacer una clara distinción entre el menor infractor de la ley penal y aquel menor en situación irregular que requiere de atención asistencial de carácter administrativo.

Así, el modelo jurídico de la responsabilidad planteado por la Convención sobre los derechos del niño observa que en el ámbito sustantivo, “la finalidad no es ni el castigo a los culpables ni la sanción de los delitos. Tampoco (...) la mera búsqueda de la abstención de la realización de conductas delictivas”. Mientras estos objetivos se cumplirían indirectamente, se entiende que lo “fundamental de la intervención es asegurar la integración social del niño o joven a través del fortalecimiento de su sentido del valor y la dignidad humana, tanto la propia como la de las demás personas”¹⁰. Es precisamente este enunciado el que pretende analizar el presente trabajo.

⁸ Así, el Mensaje de S.E el Presidente de la República, con fecha 2 de agosto de 2002, con el que inicia este proyecto, comienza señalando que el mismo responde a un importante desafío que implica una completa reformulación de las leyes y políticas relativas a la infancia y la adolescencia, de modo de adecuarlas a los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile.

⁹ No obstante, nos dispensamos del carácter radical de tal afirmación, puesto que en general se afirma que con esta ley se pretende sancionar un modelo de protección integral, que deje un espacio abierto, para un derecho penal - mínimo educativo – y para otro – responsabilizador y punitivo, de modo que sean los operadores del sistema quienes definan su materialización. En este sentido se pronunció la Sra. Alejandra Díaz G.; abogada de la Unidad de Defensa Penal Juvenil - Defensoría Penal Pública – en su exposición acerca de los “Modelos de justicia penal y la nueva ley de responsabilidad penal de adolescentes” en el “II Congreso Nacional de Estudiantes de Derecho Penal y Procesal Penal: ¿un sistema penal en constante evolución? ¿búsqueda de eficiencia o respeto de garantías?”, realizado en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el 12 de agosto de 2006.

¹⁰ CILLERO BRUÑOL, Miguel/ COUSO SALAS, Jaime/ JUSTE PICON, María Antonia/ URZÚA TRONCOSO, Paula, *ob. cit* (n. 2), p. 91. La negrita corresponde a la cita.

2. *Fines de la pena en el derecho penal general*

Las posturas “se dividen entre aquellas que ponen el acento en el carácter **retributivo** de la pena, es decir, en la vinculación de la pena con el delito ya cometido, y las que hacen resaltar el carácter **preventivo** de la pena, o sea, en evitar la comisión de delitos por parte de los miembros de la sociedad, y otros en la prevención **especial**, esto es, en la necesidad de evitar que se cometan nuevos delitos por parte de quien ya ha delinquido”¹¹.

El carácter retributivo mira al pasado, al mal ya causado con el delito, pretendiendo compensar al sujeto con otro mal, “para así restablecer la justicia quebrantada (Kant), para negar - por medio de la pena - la negación del Derecho -el delito- (Hegel)”¹². En definitiva, con arreglo a esta postura, “la pena es *el mal que se irroga al autor de un hecho injusto, en consideración a que éste puede serle reprochado por constituir una decisión contraria a los mandatos y prohibiciones del derecho*”¹³. Tales fines trascendentales escapan a la legítima intervención del ius puniendo en un Estado de Derecho, toda vez que la restricción de derechos sólo puede tener por finalidad la protección de otros derechos individuales. De ahí que se trata de una postura abandonada doctrinalmente.

“Por eso, la cuestión del fin de la pena se responde más bien desde la perspectiva utilitaria: la pena debe tender a prevenir la comisión de nuevos delitos. Esta justificación “preventiva”, que mira al futuro (no le interesa el castigo en sí, sino evitar delitos futuros) se sostiene en dos variantes: la que asigna a la pena la finalidad de evitar que el delincuente concreto al que se le impone vuelva a delinquir (prevención especial), y la que le asigna la finalidad de que los demás ciudadanos no delinquan en el futuro (prevención general). Dentro de la prevención especial se reconoce dos variantes: la “positiva”, que pretende que la pena “resocialice” al delincuente, lo “mejore” para que pueda vivir en sociedad sin cometer delitos, y la “negativa” que pretende ora “anular” (“inocuizar”) al delincuente (por ejemplo, encerrándolo de por vida, ora intimidarlo (para que en el futuro, por miedo a que se le vuelva a imponer el mismo sufrimiento, no delinca más). La prevención general también se sostiene en dos variantes: la “negativa”, que pretende que la pena intimide a todos los potenciales delincuentes que hay en la sociedad para que, por temor a que a ellos les ocurra lo mismo que al delincuente castigado, no cedan ante la tentación criminal, y la “positiva”, que pretende más bien que la pena confirme a toda la sociedad que respetar las leyes es lo correcto, les haga internalizar así las normas de conducta y les devuelva la confianza en que las normas siguen

¹¹ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal, parte general*, (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998), t. I, p. 31.

¹² COUSO S., Jaime/ FARÍAS A., Ana María, *Derecho penal de adolescentes ¿Educación, ayuda o sanción? Revisión del sistema de medidas en el Anteproyecto de ley sobre responsabilidad por Infracciones Juveniles a la ley penal*, (Coediciones UNICEF, Santiago, 1999), p. 36.

¹³ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal parte general*, (Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005) p. 46.

vigentes (confianza puesta en duda por el delito), resultado de lo cual es que aumenta en los ciudadanos la “fidelidad al derecho”¹⁴.

II. RÉGIMEN DE SANCIONES PENALES JUVENILES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS FINES DE LA PENA.

1. *Examen de la regulación penal juvenil española*

Desde el punto de vista de las “sanciones”, las analizaremos, en primer término, a la luz de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores española 5/2000, de 12 de enero, por cuanto ésta se tuvo especialmente a la vista a la hora de confeccionar la regulación que ahora tratamos, para después establecer una comparación pertinente entre ellas.

Según el parecer mayoritario de la doctrina penal española, con la LORPM, se configura un Derecho Penal Especial, orientado fundamentalmente a la prevención especial positiva, con la aspiración de dotar de contenido educativo al sistema. Así, su clara finalidad educativa deja atrás la retribución y la prevención general intimidatoria como fin clásico de las normas.

Esta finalidad de prevención especial positiva educadora se funda en que el menor, en cuanto persona en desarrollo, no ha tenido la capacidad de interiorizar dichas normas¹⁵. Por tanto, no es posible partir de la base de que ha defraudado las expectativas que la sociedad pudiera tener respecto de él, sino que ni siquiera esa misma sociedad le ha dado la oportunidad de adquirir la madurez necesaria para la interiorización de las normas. En estas condiciones, un tratamiento exclusivamente penal y retribucionista de los menores y jóvenes que delinquen sería una relación, no solamente injusta, sino también escasamente coherente con los principios constitucionales. En consecuencia, se propone que la reacción social frente a la delincuencia juvenil no deba ser de castigo, sino de integración educadora.

En definitiva, se trata de no perder de vista que las conductas desviadas de los menores merecen un castigo, pero no un castigo agresivo, pues las medidas de la LORPM tienen como

¹⁴ Párrafo extractado de COUSO S., Jaime / FARÍAS A., Ana María, *ob cit.* (n. 12), p. 36.

¹⁵ En nuestro concepto, no es que tal interiorización no haya podido tener lugar, sino que ella no es posible en la misma forma que un adulto, toda vez que sobre la premisa de su responsabilidad debemos entender que presenta algún grado de comprensión que, asociado a su estado especial de madurez, permite exigirle un determinado comportamiento acorde con las exigencias que le formula el Derecho.

finalidad que los menores lleguen a ser competentes socialmente, presentando una muy clara y notoria finalidad educativa (de reeducación y de reinserción social)¹⁶.

Así, es precisamente esta finalidad la que, en nuestro concepto, explica o justifica que nos encontremos ante un Derecho Penal de Autor, pues, para que se cumplan estas aspiraciones educativas, necesariamente deberán tenerse en cuenta las circunstancias concretas, el contexto en que se desenvuelve el menor (por ejemplo, en materia de aplicación de la pena). Asimismo, creemos que es este fin el que explica que la LORPM evite emplear el término “penas” y prefiera utilizar la expresión “medidas sancionadoras educativas”. En este sentido, la labor de creación terminológica debe considerarse oportuna en la medida que venga a expresar el sentido propio que se pretende otorgar al sistema de justicia de menores, pero debe ser rechazada a partir del momento en que venga a propiciar la confusión y el enmascaramiento de la realidad,¹⁷ en cuanto no obstante hablar de medidas, nos encontramos frente a formas de reacción verdaderamente penales, fundadas en la responsabilidad de la persona a quien se imponen.

En relación con lo anterior, si bien “la idea de adecuar la medida a su autor, proviene de la vieja concepción (propia del derecho tutelar de menores de corte positivista) de que la medida es un remedio, que debe ser administrado a la medida de la enfermedad del niño y no en cambio en proporción con lo que no es más que uno de los síntomas de la enfermedad, el delito”¹⁸, no debemos olvidar la naturaleza sancionadora de estas medidas. Tal naturaleza descansa en el supuesto de responsabilidad jurídica penal que se exige en el infractor, sólo que esta relación jurídica pretende ser una intervención de naturaleza educativa, rechazando otras finalidades esenciales del derecho penal de adultos, como son la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación a los destinatarios de la norma (prevención general negativa).

En consecuencia, no es posible negar el carácter sancionador de las medidas previstas en la LORPM, ya que ello supone incurrir en contradicción con la aceptación explícita de la existencia de responsabilidad penal, que a su vez, presupone la culpabilidad del menor, entendida como juicio de reproche jurídico por el hecho cometido, atendiendo a una racionalidad distinta a la de los adultos.¹⁹

Es así como la aspiración a la proporcionalidad entre la gravedad de la medida y el hecho cometido constituye una exigencia de justicia que el legislador no puede ignorar.

¹⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep María, *Principios político – criminales y dogmáticos del sistema penal de menores*; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, TAMARIT SUMALLA, Josep María, (coordinación penal); GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinación procesal), *Justicia penal de menores y jóvenes. Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, (Valencia, 2002), p. 300 y 301.

¹⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep María, *ob. cit.* (n. 16), p. 27.

¹⁸ COUSO S., Jaime/ FARÍAS A., Ana María, *ob cit.* (n. 12), p. 55.

¹⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep María, *ob. cit.* (n. 16), p. 24.

Luego, se debe tener presente el sentido preventivo general de la reacción penal, toda vez que si bien constituye un derecho penal especial distinto del de adultos, es derecho penal y como tal, igualmente, debe responder a la necesidad de protección de los bienes jurídicos, sin que pueda desvincularse absolutamente de la dimensión preventivo general de este instrumento sancionador, razón por la cual esta finalidad debe reconocerse, al menos, en un segundo plano. Con ocasión de este aspecto, Cerezo Mir manifiesta que en el marco de la LORPM, en la elección y aplicación de medidas se tienen en vista en menor medida la reafirmación del ordenamiento jurídico y la prevención general.²⁰

Se deja expresa constancia que el análisis hasta ahora efectuado ha caracterizado positivamente la LORPM. Sin embargo, no puede tampoco desconocerse el paso atrás - o al menos al lado - que en dicha regulación han ejercido las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 7/2000, de 23 de diciembre, relativa a comportamientos especialmente peligrosos. Así, en palabras de la Profesora María José Bernuz Beneitez “se trataría de ver si – en consecuencia – la normativa de justicia de menores aspira a realizar funciones materiales o si, por el contrario, si limita a desempeñar funciones simbólicas de pacificación social y de educación colectiva. O si se puede barruntar una tendencia – compartida por lo demás con otros países europeos – a realizar con la justicia de menores funciones de prevención general positiva o negativa – según los casos – de gestión de los riesgos en lugar de aspirar a realizar funciones de prevención especial positiva que potencie la integración completa del menor en sociedad y que, en principio, deberían ser prevalentes en la justicia de menores”²¹.

2. Examen de la regulación penal juvenil chilena

En lo que respecta a la LRPA, nos encontramos ante una situación inversa a la descrita, no obstante que *prima facie* no lo parezca. Es decir, a nuestro juicio, a pesar de la declaración prevista en el artículo 20 de este cuerpo normativo, referido a las finalidades de las sanciones y otras consecuencias, se prevén sanciones que persiguen especialmente fines retributivos.

A esta conclusión arribamos no sólo por el orden formal que ofrece su redacción, por referirse primeramente al objeto/objetivo de hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, para luego hacer referencia a la manera en que tal responsabilidad debe hacerse efectiva, de modo que la sanción forme parte de una intervención socio-educativa amplia y orientada a la plena integración social, sino que también por una serie de situaciones que captamos al analizar su articulado en conjunto, todo ello refrendado por los antecedentes aportados en su tramitación legislativa.

²⁰ Citado en HIGUERA GUIMERÁ, Juan- Felipe, *Derecho penal juvenil* (España – Barcelona, 2003), p. 1.

²¹ REVISTA ELECTRÓNICA DE POLÍTICA CRIMINAL, *Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil*, REPC 07-12 (2005), <http://criminet.ugr.es/recpc>, ISSN1695-0194, p. 3 s.

a) Aspectos terminológicos

En primer lugar, desde un punto de vista terminológico, la ley emplea la expresión penas y sanciones, sin que podamos entender que el hecho de utilizar una expresión más amplia, como lo es el término “sanciones”²², implique la consagración de un fin preventivo especial positivo educativo como el que está detrás de la expresión “medidas” con las características antes señaladas. En nuestro concepto, ello se fundamenta en que el propio artículo 20 se refiere a la finalidad de las sanciones y “otras consecuencias”, expresión esta última con que podríamos entender una referencia a medidas sancionadoras educativas, pero dado lo tenue de tal consagración, estaríamos cayendo, lisa y llanamente en el plano de la adivinación. Corrobora este planteamiento, el hecho de que a lo largo de la tramitación del proyecto se plantearan otras formas de redacción, sin que éstas tuvieran acogida. A ello se suma el antecedente de que, curiosamente, se formularon indicaciones en orden a sustituir las expresiones “medidas” por “penas” o “sanciones”, que sí fueron acogidas.

b) Consagración de un Derecho penal de autor

En segundo lugar, cabe señalar que ya no podemos hablar de un derecho de autor, en los términos de Welzel, esto es, en un sentido especialmente acentuado, en donde la medida a imponer debe estar adecuada al estado de madurez del menor y ajustada a la idea de educación, propia de los fines preventivo -especiales positivos educativos²³. Si bien, formalmente, el juez cuenta con una amplia gama de posibilidades a la hora de determinar la sanción aplicable, tal libertad - en la apreciación de las circunstancias personales del menor - para imponer la sanción más adecuada al caso concreto resulta ilusoria, toda vez que se perdió la idea original contenida en el mensaje de que el juez no se encontrara obligado a aplicar la privación de libertad.

Por el contrario, en virtud de lo señalado en el artículo 23, cumplidas las hipótesis previstas en dicha norma, el juez, necesariamente, deberá imponerla. A nuestro juicio, con ello desaparece el principio de proporcionalidad inversa, característico de la justicia de menores, que implica que no necesariamente una infracción grave lleva a una reacción gravosa, sino que una infracción leve debe llevar a una reacción leve, para pasar a potenciar un principio de proporcionalidad a secas como manifestación de una tendencia retribucionista. Lo anterior echa por la borda todas las buenas intenciones del “buen” escenario que se trata de construir. De ahí que el tratamiento de la LO 7/2000 sobre delincuencia grave lleve, a juicio de la

²² Entendiendo por “sanción” aquellas que presuponen normalmente un hecho que contrasta con los preceptos del ordenamiento jurídico, constituyendo una respuesta, una reacción frente al hecho mismo, de modo que en esta expresión podamos incluir las llamadas “medidas de seguridad”.

²³ HIGUERA GUIMERÁ, Juan- Felipe, *ob. cit* (n. 20) p. 2.

Profesora María José Bernuz Beneitez, a confundir e identificar las funciones a cumplir por la justicia de menores con las propias del derecho penal de adultos.²⁴

Según nuestra opinión, tal conclusión también se evidencia en el hecho de que en el artículo 24²⁵ sobre criterios de determinación de la pena, establecidos como limitación a las facultades del juez en orden a lograr fines de prevención y represión contra el infractor, haya desaparecido la referencia a considerar la proporcionalidad que debía existir entre la gravedad de la o las infracciones y la severidad de la sanción, para hoy simplemente ordenar considerar la gravedad del ilícito de que se trate.

De esta forma, consideramos que todo lo señalado anteriormente explica que el límite máximo de las penas privativas de libertad haya aumentado considerablemente, de una duración máxima de cinco años (artículo 32 del Mensaje²⁶), a una de entre cinco y diez años, según si el infractor es menor o mayor de dieciséis años, respectivamente. Incluso la sola distinción de tramos resulta cuestionable. “No se aprecia la razón de la diferencia, si se parte de la consideración que los tiempos para un adolescentes [sic] son totalmente distintos que para un adulto y, por otra parte, que el objetivo es la integración social del adolescente y, por consiguiente, una pena privativa de libertad de larga duración necesariamente va a ir contra ese objetivo”²⁷.

²⁴ Lo cual implica una abierta infracción a las exigencias contenidas en el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño en lo relativo a establecer una respuesta cualitativa y cuantitativamente diferente, menos afflictiva que la prevista para los adultos.

²⁵ Artículo 20.-Determinación de la pena. Para determinar las sanciones, así como para fijar su extensión temporal o cuantía, el juez deberá considerar:

1. El número de infracciones cometidas;
2. La edad del adolescente infractor; y
3. *La proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la o las infracciones cometidas y la severidad de la sanción.*
Para evaluar la gravedad de la infracción, el tribunal deberá determinar, en primer lugar, si ésta corresponde a una infracción de las que señala el art. 6 de esta ley. Además, el tribunal deberá considerar: a) La naturaleza y extensión de las penas asignadas por la legislación penal al hecho constitutivo de la infracción; b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción; c) La concurrencia de circunstancias que, conforme a la legislación penal, den lugar a la formación de delitos calificados, agravados o especiales, en relación a la infracción a la ley penal que se le imputa; y d) La concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal, previstas en la legislación penal, con excepción de las contenidas en los números 14 a 16 del artículo 12 del Código Penal, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 79 de la presente ley.
4. Para determinar la sanción aplicable a un adolescente por la comisión de más de una infracción, el juez deberá considerar en su conjunto la naturaleza y características de la totalidad de las infracciones cometidas, de acuerdo a lo previsto en los números 1, 2 y 3 del presente artículo.

En caso alguno podrá imponerse una sanción separada para cada infracción, debiendo darse aplicación a lo previsto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.

²⁶ Artículo 32.- Duración de las sanciones privativas de libertad. Las sanciones de privación de libertad establecidas en los artículos 30 y 31, tendrán una duración máxima de cinco años; versus, Artículo 18.- Límite máximo de las penas privativas de libertad. Las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, que se impongan a los adolescentes no podrán exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años, si tuviere más de esa edad.

²⁷BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *ob. cit.* (n. 7), p. 26 s.

En este punto, cabe señalar, o más bien recordar, que toda pena produce un costo, constituido por el desajuste que provoca en la sociedad la severidad de una reacción capaz de alterar, incluso, sus valoraciones. Por eso, se ha dicho que un poder punitivo mal administrado puede ser hasta más devastador que la suma de todos los delitos a cuya ejecución trata de oponerse²⁸: pero ¿está nuestra idiosincrasia consciente de ello?, ¿está el sistema procesal preparado para determinar la aplicación o inaplicación de estos máximos? Lo más probable es que la respuesta sea negativa²⁹.

²⁸ CURY URZÚA, Enrique, *ob cit.* (n. 13) p. 46.

²⁹ El interés de las víctimas por restaurar el bien dañado con el delito no escatima en simples “medidas”, sino que, por el contrario, en su posición de tal siempre demandará el mayor rigor posible. Sin embargo, y tal como lo señala Eduardo Luis Aguirre “(...) si se observan las políticas públicas de emergencia de manera panorámica, se verá que lo que se intenta es, en definitiva, restaurar la disciplina y el orden sobre la base de la articulación de medidas puntuales, que muchas veces no resisten su confrontación con el paradigma de la Constitución y el Estado Constitucional de Derecho, pero que tampoco terminan de conformar a los colectivos de víctimas, las nuevas formaciones del retribucionismo extremo que marchan a diario en demanda de mayor rigor punitivo. Tal vez fuera posible inferir, así las cosas, que la intervención punitiva haya fracasado en lo que hace a sus funciones formales y legales, pero haya sido exitosa en el cumplimiento de sus finalidades simbólicas y políticas.” Revista Electrónica de Política Criminal, “*La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal del enemigo en el sistema de justicia juvenil*” <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,201,0,0,1,0>, p. 2. En este contexto es interesante citar el polémico caso “Aarón Vásquez”, respecto del cual la Sexta Sala de la Corte de Santiago anuló el juicio efectuado en julio de 2007, y con ello también la sentencia a 3 años de internación en régimen semicerrado que el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago le impuso a Vásquez como autor del homicidio simple por la muerte del ciclista universitario Alejandro Inostroza, quien falleció como consecuencia del golpe en la cabeza que el primero le propinó con un bate de béisbol el 28 de octubre de 2006. En el fallo, la ministra Sonia Araneda y el abogado Ángel Cruchaga señalan que en la determinación del grado de responsabilidad del adolescente Aarón Vásquez, existió una errada aplicación del derecho, al no considerar la alevosía, y por tanto no condenar a título de homicidio calificado, lo que significaría una pena más alta para Vásquez. Por su parte, la ministra Rosa María Maggi compartió la decisión de anular el juicio, pero por considerar errónea la atenuante que reconoció la colaboración sustancial por parte del adolescente para aclarar los hechos. Fuere cual fuere la verdad material del asunto que se discute, queremos destacar las declaraciones que la madre de la víctima ha otorgado respecto del mismo en el sentido de no entender la sentencia en el primer juicio y considerar “una burla” que Vásquez estuviese “prácticamente de vacaciones” en el Centro Semicerrado Calera de Tango. Expresamente ha señalado: “Para mí una pena justa sería que lo secaran en la cárcel, pero eso es soñar despierta, entonces me quedaría más tranquila si le dieran 10 años de cárcel. Seguramente le van a rebajar la pena, pero que pague con cárcel. Eso es lo único que quiero”. En forma reciente, ante la resolución de la Corte señaló: “Espero que se haga justicia como debe ser. Tengo fe en que a este asesino lo tengan en la cárcel como merece un criminal”. En este escenario y teniendo presente el debate público en materia de adultos acerca del carácter garantista del nuevo sistema, se detiene en nuestra retina el -al menos perceptible- giro que los tribunales de garantía han mostrado en materia de prisión preventiva, luego que varios de sus fallos hayan sido revocados por tribunales superiores, con el consecuente apoyo de autoridades, tanto de gobierno como de oposición. Así el estado de cosas, las palabras del profesor Soto Piñeiro (defensor de Aarón Vásquez) al ser consultado sobre el carácter alevoso atribuido por la Corte al actuar Vásquez, no nos sorprende que señale que “lo único que determina el fallo es que hay que hacer un nuevo juicio”, “la corte no resuelve el caso, lo hace el tribunal oral”. Si bien sus palabras se ajustan al sentido teórico del nuevo sistema procesal, nos hace esperar atentos cuál será, en definitiva, la sentencia del caso.

Por lo demás, en nuestro concepto, las reglas de determinación de la naturaleza de la pena no son más que una imposición al menor de penas mínimas fijas en lo que a la naturaleza de la pena se refiere, que además de producir las consecuencias recién explicadas, hace desaparecer la idea de escala penal que por imperio del principio de *última ratio* que rige toda la política criminal, atenta contra la economía de violencia que debe extenderse a todos los segmentos del sistema penal (comprendiendo la ejecución de las penas) y, constituye, en cierto sentido, una presunción de responsabilidad inadmisible, según el principio de culpabilidad, todo como consecuencia del principio de legalidad.³⁰

c) Privación de libertad como recurso prevalente

En tercer lugar, otro antecedente que nos llama la atención en la tramitación de esta ley, fue la constante tendencia a presentar indicaciones en orden a suprimir ciertas sanciones no privativas de libertad (como la amonestación y los servicios en beneficio de la comunidad), no obstante su claro sentido educativo, por considerar que con ello no se establecía una sanción verdadera. En el mismo sentido, la regulación de la objeción de trabajo, nos ilumina el hecho de que se agregara que en tal hipótesis, el juez debería imponer la sanción inmediatamente superior. De la misma manera, apreciamos esta inclinación en la regulación del quebrantamiento de condena, cuestión que nos preocupa, sobre todo en lo que se refiere a las penas de internamiento originalmente impuestas en cuanto ellas suponen lógicamente una intervención directa del aparato estatal. Es decir, para los efectos de autorizar el ejercicio de violencia por parte del Estado, debe considerarse en forma especial la situación de aquel sujeto que ha pasado gran parte o la totalidad de su vida en establecimientos estatales. Si “el deber del Estado de brindar protección a los niños y de garantizar el respeto de sus derechos, se intensifica cuando se trata de niños privados de su medio familiar a causa de una decisión de la autoridad”³¹, se entiende que el Estado ha contribuido a forjar la vida de esa persona, teniendo por tanto, relación directa en los actos ilícitos llevados a cabo por ella, ya sea porque el ente estatal ha sido gravemente negligente en el trato brindado a esa persona o la ha sometido a particulares modos de vida que han reducido de un modo manifiesto su capacidad de superar los condicionamientos normales, todo lo cual debe ser tenido en cuenta al discutir la responsabilidad de esa persona (principio de corresponsabilidad estatal)³². En otras palabras,

Con ello continuará la observación de la posible existencia de precedentes vinculantes, en cuanto gérmenes extranjerizantes y silenciosos. (Citas, El Mercurio Online, 7 de septiembre de 2007).

³⁰ BINDER, Alberto, *Introducción al derecho penal*, (Argentina- Buenos Aires, 2004) p. 289.

³¹ CILLERO BRUÑOL, Miguel/ COUSO SALAS, Jaime/ JUSTE PICON, María Antonia/ URZÚA TRONCOSO, Paula, *ob.cit* (n. 2), p. 87.

³² BINDER, Alberto, *ob. cit* (n. 30) p. 280.

“en este caso, la persona “encargada” de la crianza y educación del niño, de su protección y bienestar, es el propio Estado, por lo que su responsabilidad es directa”³³.

Hechas estas consideraciones, podemos concluir que en concepto de nuestros legisladores, sólo las penas privativas de libertad constituyen penas, mientras que las demás pueden considerarse “medidas”, con lo cual olvidan que las segundas también constituyen una reacción frente a la comisión de una infracción penal, es decir, penas, de modo que “ambas” deben enmarcarse en aspiraciones educadoras. Por ello entendemos que el debate se circunscriba con mayor fuerza a potenciar las primeras. Sin embargo, se cae en una contradicción, en el sentido de que los programas de reinserción social y de reeducación sólo se contemplen para los internamientos, lo que empeora la situación, en cuanto pareciera ser que sólo se cree en la reeducación ligada al encierro.

A continuación, procedemos a hacernos cargo de aparentes fundamentos con los que probablemente se querrá demostrar la consagración de un sistema preventivo especial, que según nosotros, no subsanan la situación explicada, ni tampoco logran un equilibrio.

- i) Respecto de la suspensión de la imposición de condena (artículo 41), nos preocupa la actitud que adopten los jueces, ya que lo más probable es que ellos vean en su aplicación un punto de nueva crítica contra ellos dirigida, porque en la jerga social o mediática se habría creado una nueva “puerta giratoria”.
- ii) La sustitución de condena (artículo 53), pensamos que tampoco sirve como contrapeso suficiente, debido a la limitación contenida en su inciso final, por cuanto tratándose de internación en régimen cerrado, ésta no podrá sustituirse por prestación de servicios en beneficio de la comunidad o por reparación del daño causado.
- iii) Sustitución condicional de las medidas privativas de libertad (artículo 54), en el sentido de que si se incumpliere la sanción sustitutiva, puede revocarse su cumplimiento ordenándose la continuación de la sanción originalmente impuesta por el tiempo que faltare. De esta forma, no puede considerarse un contrapeso suficiente, toda vez que primeramente se impone igualmente una sanción privativa de libertad.
- iv) Remisión de condena (artículo 55), en cuanto el tribunal puede remitir el cumplimiento del saldo de condena cuando, en base a antecedentes calificados, considere que se ha dado cumplimiento a los objetivos pretendidos con su imposición. Sin embargo, tratándose de una sanción privativa de libertad, la facultad de remisión sólo podrá ser ejercida si se ha cumplido más de la mitad del tiempo de duración de la sanción originalmente impuesta, lo cual, a nuestro parecer, es contradictorio, en tanto no se

³³ CILLERO BRUÑOL, Miguel/ COUSO SALAS, Jaime/ JUSTE PICON, María Antonia/ URZÚA TRONCOSO, Paula, *ob.cit* (n. 2), p. 87.

entiende que deba esperarse que transcurra este periodo si ya se han cumplido los objetivos tenidos a la vista al momento de su imposición.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL: ¿SALVADORES DEL NIÑO O RETRIBUCIONISTAS?

Según nuestra opinión, en el nuevo sistema de responsabilidad penal de adolescentes, la pena no es más que el mal que se irroga al autor de un hecho injusto en consideración a que éste puede serle reprochado por constituir una determinación contra los mandatos y provisiones del Derecho, siendo la consecuencia de su conducta culpable, pero esta culpabilidad no determina la medida de la sanción que se impondrá, y por ello se hacen más latentes los reparos formulados a este modo de concebir la pena en el caso de los adolescentes.

Si bien no podemos negar las políticas resocializadoras contenidas en esta ley, estimamos que aunque formalmente se les tenga como fin principal, ellas se establecen en último lugar, considerándose fines principalmente retributivos. Fuera de las críticas que tradicionalmente se formulan en torno a estos últimos, queremos también poner atención en los fines preventivos especiales para simplemente sumar un factor. En este punto, no sólo se emplea la pena como medio para luchar contra el delito y evitar su proliferación, sino que frente al recurso de esta teoría, clásicamente concebida como una concepción aparentemente generosa, vemos un fin notablemente egoísta, que no sólo dice relación con la utilización del sujeto (menor) como medio para cumplir un fin de prevención, sino que descansa en el hecho de hacerlo productivo, útil para la sociedad, de ahí que sea necesario salvarlo del espectro de futuros delincuentes adultos, que no sólo implican un lucro cesante para la comunidad, sino que a su respecto es más difícil obtener resultados de las medidas de rehabilitación, y por tanto ellas se hacen más extensas y, en consecuencia, su implementación más cara.

En definitiva, en virtud de todo lo anteriormente señalado, creemos ver una continuación, en esencia, del sistema tutelar, sólo que esta vez se ha procurado guardar las cuestiones formales exigidas por nuestra carta fundamental, y se ha encontrado un fundamento de política criminal para su imposición, ya que en lo que al fondo respecta, la situación no parece haber variado. Así, antes de esta ley, las concepciones predominantes acerca de los adolescentes oscilaban entre la “victimización” y la “satanización”. Los sostenedores de la primera concepción entendían que la conducta delictiva de los menores era producto de un cierto determinismo social, y en consecuencia la única respuesta posible en un medio carenciado y adverso; mientras que los segundos concebían a los menores como sujetos peligrosos para la sociedad, capaces de causar daño y con características personales y culturales que los predisponían al delito.

De esta forma, quienes creían en la “victimización” sostenían que la acción apropiada por parte del Estado debía ser la protección. En cambio, los partidarios de la “satanización” postulaban su represión enérgica. Sin embargo, ninguna de estas concepciones percibía al adolescente como protagonista o sujeto de su vida, y en ambos casos, la respuesta frente a la infracción de ley penal se traducía en una aplicación preferente de programas de internamiento y privación de libertad.³⁴

Consideramos que a pesar del reconocimiento de la responsabilidad del menor, tales posiciones no han cambiado, sino que sólo ha variado su denominación, sustituyéndose por lo que el Profesor Bustos llama “salvadores del niño” – partidarios de la victimización- y “retribucionistas” – adeptos de la satanización, en cuanto extremos del debate de la ley que nos ocupa.³⁵

Así, sólo hemos superado las críticas formuladas por algunos al sistema de doble vía o duplo binario, que consistía en la irrogación tanto de una pena como de una medida de seguridad o de resocialización, cuya ejecución podía ser sucesiva, simultánea o sustitutiva, aplicándose las garantías del derecho penal para la imposición y ejecución de medidas más benignas, que igualmente importan una irrupción en la personalidad del individuo, cuyos efectos son difíciles de evaluar, vinculándose la acción ejecutada a la culpabilidad especial ya explicada, la cual se tiene en cuenta, a su vez, para determinar su duración (es decir, postdelictual)³⁶. Con ello se abandona el inseguro juicio sobre la peligrosidad del sujeto, apareciendo la resocialización como una forma de ejecución de la pena, y en nuestro concepto, como la pena propiamente tal.

No obstante todo lo señalado, creemos que no se supera la crítica acerca de la idea de resocialización misma³⁷, en cuanto implica una socialización determinada por las opiniones de grupos hegemónicos, que en un discurso de “ley y orden” no tiene en cuenta la de quienes la conciben de una manera diferente, ni menos el consentimiento del “enfermo”, todo lo cual no sólo puede conducir al totalitarismo de uno, algunos o la mayoría, sino que simplemente al sometimiento, dominio de unos sobre otros, lo cual lesiona gravemente la libre autonomía individual³⁸, ya que en los hechos - como señala Kohlrausch - se produce un “fraude de etiquetas”, pues el cambio de consideración de presidio a internamiento o viceversa, se agota frecuentemente en la traslación del sujeto bajo un régimen invariable del ala oriental al occidental del establecimiento. La intolerancia y autoritarismo subyacente en estas ideas se hace compatible con la demanda de restauración de la uniformidad perdida y con la prédica de la

³⁴ BOLETÍN JURÍDICO, *Nuevo modelo de reinserción para los adolescentes infractores*, p. 38.

³⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Salvadores del niño y retribucionista en los extremos del debate*, Boletín jurídico, p. 77.

³⁶ CURY URZÚA, Enrique, *ob. cit* (n. 13) p. 59 ss.

³⁷ Para un análisis de la idea de “resocialización” en general, ver VACANI, Pablo Andrés, *Resocialización: Una mirada desde el “ser”*, RECPC, disponible en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=16,64,0,0,1,0>.

³⁸ GALLEGO GARCÍA, Gloria María, *Tratamiento jurídico – penal del menor en Colombia*, Estudios de Derecho, Vol. VI. 369:378. p. 387.

inocuización social, que hace que los ciudadanos convaliden respecto de los otros la adopción de medidas que jamás admitirían que les fueran aplicadas a ellos. Por eso, cualquier estrategia institucional que convalide estas instancias de restauración ordenatoria termina siendo necesariamente autoritaria y (muy) probablemente inútil. Incluso, aunque se afilien a las denominadas ideologías “re”, que pugnan por “reinsertar a estos jóvenes a la sociedad”.³⁹

En consecuencia, si bien con esta nueva regulación se supera la descalificación existencial del sujeto, y se rompe la etiqueta de minusvalía (enfermo, irresponsable, no motivable), que ameritaba que fuera objeto de protección, ocurre que en cuanto ser libre, igualmente se desconoce su dignidad, quedando igualmente sometido a lo que los demás decidan por él (decisión en que, por lo demás, ni siquiera se tienen en cuenta a los padres, lo que nos parece extraño, toda vez que en materia civil, para un hecho que, en comparación con las consecuencias que tratamos, es menos relevante, cual es el matrimonio, se requiere en principio su ascenso). De esta forma, paradójicamente, pareciera que la situación de sujeto en desarrollo hace obviar toda consideración crítica frente a los procedimientos de rehabilitación, resocialización⁴⁰, etc., siendo una cuestión que nos aparece aun más grave, si consideramos que la política educativa general del país se halla actualmente en tela de juicio por sus resultados prácticos. Entonces, nos preguntamos, qué ofrecerá la función pedagógica respecto de cuestiones ético - sociales, considerando, además, la variable y objetable escala axiológica que ha ido perfilando nuestra sociedad.

Por último, queremos subrayar la contravención existente respecto del principio de subsidiariedad del derecho penal, ya que dentro de las reformas legislativas en materia de menores, se prefirió ésta, ciertamente cediendo ante la presión de la opinión pública manipulada por los medios de comunicación⁴¹, puesto que lo primero que debió regularse es el resguardo de los derechos de los menores, es decir, la sustitución de la Ley N° 16.618.

³⁹ AGUIRRE, Eduardo Luis, *ob cit.*, (n. 29), p.5.

⁴⁰ En este punto, nos parece pertinente destacar que la LORPM contempla expresamente el consentimiento del interesado al momento de hacer procedentes medidas como el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio, consagrados en su artículo 7 letras d) y e), respectivamente. Artículo 7. Enumeración de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores (...) d) Internamiento terapéutico. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padeczan anomalías o alteraciones psíquicas, un esto de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias. e) Tratamiento ambulatorio. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padeczan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias (...)

⁴¹ El denotado sentido negativo de la expresión “manipular” que se utiliza en el texto para aludir al rol de los medios de comunicación no carece, en absoluto, de argumento. Es notable el reiterado llamado de

Por otra parte, en este caso, la huída al derecho penal, desde el punto de vista de la criminología, no sólo es ineficaz en materia de prevención, por aplicarse a conductas típicas, antijurídicas y culpables, pudiendo centrarse los esfuerzos del Estado en conductas típicas y antijurídicas (protección del menor), sino que también resulta absurdo desde la perspectiva económica, ya que el costo económico de las penas es muy grande, no solamente en lo que dice relación con la mantención del sujeto, sino además, los gastos del proceso penal, el “lucro cesante” social irrogado por la sustracción total o parcial del sujeto a sus actividades normales, la pauperización del grupo familiar y las obligaciones de asistencia social que ello conlleva, el valor del tratamiento cuando es necesario, etc.⁴²

Justificamos todas estas deficiencias en la idea de que, en el fondo, se ha pensado en un derecho penal de autor, sin las consideraciones especiales que habíamos señalado, sino que dirigida a los sectores sociales marginados sobre los cuales se circunscribe la dicotomía del menor amigo/enemigo⁴³. “La interrelación entre la tutela y el castigo, entre la intervención con fines “educativos” y la segregación con fines de “corrección”, declinada de maneras diferentes en períodos sucesivos, caracteriza a la definición y administración de la condición

atención que al respecto ha ido desarrollando la doctrina de los autores penales. En este sentido: AGUIRRE, Eduardo Luis, *ob.cit.* (n. 29), <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,201,0,0,1,0>, p.3; “Las formas de la construcción de una inseguridad limitada a la posibilidad de ser víctima de un ataque, ha exacerbado a su vez una lógica binaria a la que se recurre invariablemente para resolver los problemas derivados de la conflictividad. La lógica de la enemistad frente al “peligro” que representa el “otro” (...) El estado ha convalidado estas intuiciones (sin atender a la siempre difícil convivencia entre el miedo y las libertades), y los medios de comunicación de masas y los sectores políticos conservadores se han encargado interesadamente de crear una opinión pública mayoritaria que favorece decisivamente la asunción de la realidad en términos de enemistad sociológica. Lo que ocurre justamente porque el estado neoliberal se retroalimenta y legitima en la búsqueda pertinaz de consensos a través de miedos colectivos que faciliten la obtención de protectivos sociales en las instituciones más visibles del sistema.”; por su parte, RODRÍGUEZ, Cristhian Gilberto, *Actuales tendencias del derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal*, disponible en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,407,0,0,1,0>, p. 7 y 8, donde desarrolla un interesante excursus acerca del Efecto Multiplicador de los Medios de Comunicación y sus repercusión en la política criminal contemporánea. En él destacamos su referencia a un ejemplo trascrito de la clase ofrecida por la doctora Mercedes GARCÍA ARAN dentro del doctorado “Problemas Actuales del Derecho Penal y la Criminología” Bienio 2004/2005, el día 31 de enero de 2006, en Sevilla, España: ““el mismo delito cometido los días de navidad o del mes de agosto tienen repercusiones sociales diferentes, en el mes de agosto los periodistas que no tienen nada que poner en la prensa pueden generar una considerable alarma social , respecto de un delito que a lo mejor se produce el día de la invasión de Irak pasa absolutamente desapercibido” , es decir, que dos conductas iguales que podrían tener diferente sanción, en función de la alarma social causada por los medios de comunicación, es castigada desproporcionalmente, violando entonces, principios tales como el de proporcionalidad de las penas, por señalar uno de los mas afectados directamente por esta política criminal oportunista (...)"

⁴² CURY URZÚA, Enrique, *ob. cit.* (n. 13), p. 46.

⁴³ Sin que queramos vincular esta expresión a la teoría del derecho penal del enemigo formulada por G. Jakobs. Tener presente que la doctrina ya ha hecho hincapié en una eventual manifestación del llamado derecho penal del enemigo en esta área. Ver trabajo de AGUIRRE, Luis Eduardo y BERNUZ BENEITEZ, María José , ya citados.

juvenil –en particular, de aquella de los jóvenes pobres, marginados económica y socialmente– desde el punto de vista de la justicia (...) Serán ellos, en definitiva, los destinatarios de un retribucionismo extremo donde la nota destacada la constituye la sobreactuación simbólica del encierro mediante réplicas institucionales que apuntan (siempre) a horizontes tan limitados como el aumento de las penas para determinados delitos o la baja de la edad para la imputabilidad plena (...)⁴⁴”.

A modo de conclusión, sólo esperamos que cuando se reconozca este carácter, no caigamos en la configuración de centros de privación de libertad, es decir, de internamiento, “Capuchinos”, que vengan a generar un debate político social que nos aleje del objetivo primario a la vista.

De esta forma, sólo nos queda señalar que frente al debate entre salvadores del niño y retribucionistas, lejos de producirse el equilibrio vaticinado por el profesor Bustos, han prevalecido los criterios retribucionistas, sin desconocer el accionar de los primeros, que si bien quedaron reducidos, al menos, lograron menguar las pretensiones de penas del infierno.

⁴⁴ AGUIRRE, Eduardo Luis, *ob cit.*, (n. 29), p.5. El orden de los párrafos fue alterado por el autor del presente trabajo.