

LA PENA Y LA EDUCACION. UNA APROXIMACION AL FUNDAMENTO DE LA PENA JUVENIL

Jonatan Valenzuela S.*

*“Nous ne voulons plus rougir ni trembler, nous voulons nous habituer aux injures, aux mots qui blessent...”***

Agota Kristof, “Le grand cahier”

1. Introducción; 2. La validez moral de la retribución: 2.1. Retribución y venganza, 2.2. Prevención y reproche, ¿Es posible la compatibilidad?, 2.3. ¿Cuánto castigar?; 3. La pena como base para comprender el modelo de Derecho Penal Juvenil: 3.1. Diferentes modos de comprensión de las sanciones penales para menores, 3.2. La pena juvenil. Medidas sancionadoras-educativas; 4. ¿Castigar y educar?: 4.1. La incompatibilidad de las pretensiones educativas y sancionadoras en el nivel de fundamentación de la imposición de la pena, 4.2. Reconstruir la pena juvenil desde una teoría retributiva de la pena: 4.2.1. Culpabilidad del menor, 4.2.2. Impacto punitivo (Punitive Bite), 4.2.3. Especial tolerancia para jóvenes; Bibliografía.

1. Introducción.

En el contexto chileno la discusión sobre fundamentos de la práctica punitiva de menores de edad es superficial y escasa¹. Ello lleva a que las cuestiones centrales sobre legitimación del sistema, en términos abstractos, se encuentren abandonadas, y a que el modelo político criminal se desarrolle, en términos discursivos, como una clase de Derecho Penal especialmente benigno y progresista. Ese camino, ha llevado en otros contextos a una honda discusión sobre la credibilidad del castigo de los menores en la comunidad.

Por ello, intentaré explorar una teoría retributiva de la pena en el ámbito del Derecho Penal de Menores. Esta es una cuestión que resulta llamativa considerando que el denominado “Derecho Penal Juvenil” se encuentra dominado por justificaciones utilitarias en torno a la justificación de la intervención de los menores infractores.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Estudiante de Doctorado en Derecho, Universitat de Girona (Catalunya, España). Becario MAEC-AECID para estudios de Doctorado. Colaborador del Centro de Estudios de la Justicia. Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación financiando por el Ministerio de Ciencia e Innovación español (DER2008-05041/JUR) “Políticas de reinserción en el ámbito penal”.

** “No queremos enrojecer más ni temblar, queremos habituarnos a las injurias, a las palabras que dañan”.

¹ Salvo la honrosa excepción de Hernández, vid. HERNÁNDEZ, H. “El nuevo Derecho Penal de Adolescentes y la necesidad de revisión de su «teoría del delito»”, en *Revista de Derecho*, Valdivia, 2007, pp. 195 – 217.

De hecho, la respuesta a la pregunta sobre por qué debemos tratar –en el escenario penal- de manera diferente al menor de edad, suele ser respondida, a mi juicio incorrectamente, con base en la necesidad de reconocer un grupo de operaciones preventivas y educativas, especiales para menores. El castigo penal de menores -se sostiene- debe cumplir con reeducar al sujeto desviado tomando en consideración sus necesidades y defectos. Como veremos, es posible una respuesta a esta pregunta que prescindiera del supuesto utilitario de la pena.

Por otra parte, la punición de adolescentes es un caso difícil en el ámbito de la justificación del Derecho Penal. El hecho de formular un reproche penal a un sujeto que, por definición, no puede participar de manera relevante en el tráfico democrático, resulta en alguna medida paradójica. Sostener una teoría utilitaria, aún moderada, constituye una manera de reforzar el sinsentido involucrado en el hecho de contar con una clase de Derecho Penal para menores.

En este trabajo se ofrecen ciertas coordenadas para abordar una comprensión retributiva de la pena que permita conciliar los ideales propios de la censura y la educación, que parecen ser los puntos centrales en el desarrollo de la práctica punitiva para menores de edad.

2. La validez moral de la retribución.

Tenemos, como punto de partida, que una teoría de la pena que se permita, en el nivel de su fundamentación, la existencia de premisas utilitarias no puede resultar internamente coherente.²

La retribución constituye una razón por la cual se afirma la punición particular de un sujeto en un determinado momento, acorde con la intuición moral del uso del Derecho Penal en contra de un culpable.³

Bedau, siguiendo la propuesta de Hart, caracteriza a las teorías retribucionistas de acuerdo a las siguientes proposiciones:

(1) Una persona debe ser penada, si y sólo si, ha actuado de manera voluntaria y defectuosa;

² Estos dilemas, en realidad, pueden ser reconducidos a uno sólo: el resultado de reemplazar el supuesto de culpabilidad manteniendo un supuesto utilitario. He considerado que, de todos modos, resulta gráfico separarlos en esta exposición. En Chile una correcta exposición acerca de las cuestiones lógicas involucradas en la afirmación de una teoría retributiva de la pena puede verse en MAÑALICH, J.P., “La pena como retribución”, en *Revista de Estudios Públicos*, Santiago, 2007, pp. 63 – 83.

³ Vid. MOORE, M, “*Placing Blame: A GERAL Theory of Criminal Law*”, p.104; en un sentido sustancialmente similar vid. DUFF, R. “Penance, Punishment and the limits of community”, en *Punishment and Society*, núm. 5, 2003, pp. 295 – 312.

(2) La pena debe igualar, o ser equivalente, al mal irrogado por la ofensa;

(3) La justificación para penar una persona está determinada por el restablecimiento del bien –lo justo moral- frente al mal generado por la ofensa moral voluntaria.⁴

Podemos identificar estas tres proposiciones con los tres principios que conforman a una tesis retributiva de la pena: el principio de la responsabilidad (1), el principio de proporcionalidad (2) y el principio de compensación (3).

Naturalmente, estos principios deben ser relacionados con dos ideas básicas: el sujeto culpable y el merecimiento.

Debe existir una persona que sea “seleccionable” como un culpable, para ello debe ser un sujeto del cual pueda predicarse la culpabilidad⁵. Este reconocimiento forma parte de la definición de lo que entendemos por punición. La relación entre la aptitud de causar un mal relevante y su causación efectiva es el merecimiento⁶.

Una teoría de la pena así articulada, elude entonces las reducciones al absurdo y con ello ofrece un dato de especial relevancia: siempre la justificación de la pena necesita reconocer su capacidad retrospectiva. Es decir, la pena, para justificarse lógicamente, debe reconocer al autor y su hecho hacia el pasado.⁷

Debe considerarse que el castigo que se manifiesta en la pena está pensado para expresar reproche. Esto se ha considerado como parte del proceso de expresión del “mal” que se incorpora en el hecho constitutivo de delito. Nos parece que el delito es algo malo y que las consecuencias penales de ese delito deben expresar este juicio moral.⁸

⁴ Vid. BEDAU, H., “Retribution and the Theory of Punishment”, en *The Journal of Philosophy*, Vol. 75, Núm. 11, 1978, pp. 602 – 603.

⁵ Bedau ha visto el problema desde la lectura de Hart. Ha reducido la necesidad de encontrar a un culpable de acuerdo a la coordinación entre la proposición de la compensación del mal causado por otro mal y la proposición de que alguien es elegible como un culpable cuando es capaz de realizar culpablemente un acto criminal. Vid. BEDAU, H., op. cit. p.605.

⁶ Esta aptitud del autor de ser culpable del hecho y de merecer el reproche contenido en la pena es precisamente uno de los tres puntos sobre los cuales debe argumentarse para una teoría retributiva de la pena del menor.

⁷ Existen además versiones de especial fuerza que intentan recordar la vinculación entre el acto de imposición de la pena y la venganza. Por ejemplo, Tunick revisando el argumento de Menninger recuerda que el derecho penal es una moderna institución que tapa un instinto que debería mantenerse en silencio. Vid. TUNICK, M., *Punishment: Theory and Practice*, Berkeley, 1992, p. 37.

⁸ Sobre este punto vid. VON HIRSCH, A. *“Censurar y castigar”*, Barcelona, 1998, pp. 35 – 38.

Por ello, el acto comunicativo que se encuentra naturalmente tras la pena es la censura. Se censura a alguien por un comportamiento reprobable y porque existe un consenso en quienes censuran para hacerlo.⁹

Existen ciertas propiedades de este reproche. Son vistas como funciones morales positivas del reproche en términos de Von Hirsch.

En primer término, el reproche considera a la víctima. Se reconoce el padecimiento del daño por parte de un igual, y éste es parte del sentimiento de empatía con que se acompaña habitualmente a esta clase de padecimientos.¹⁰

En segundo término, se considera al autor. Se elabora un mensaje que expresa que se le reprocha el acto que ha cometido culpablemente. Se espera entonces participar también con el autor en el reproche, esperando una respuesta que demuestre un juicio desvalioso del propio autor ante su hecho. La indiferencia puede, luego, ser objeto de una crítica.¹¹

Con todo, el objetivo del sometimiento del autor a la pena no busca su arrepentimiento como un dato que configure su imposición. El rol de juzgador no puede vincularse a la contingencia del estado anímico del infractor sino que necesita anclarse al hecho delictivo como expresión de infracción del Derecho.

En tercer lugar, Von Hirsch considera la posibilidad de que la censura pueda influir en terceros y hacerlos desistir de su conducta probablemente delictiva. La sanción penal apela entonces al sentimiento general de no aceptación de las conductas punibles. Esto otorgaría razones para evitar la realización de estas conductas.¹²

⁹ Vid. VON HIRSCH, A. “*Censurar...*”, op. cit. p.35.

¹⁰ *Ibidem*, p. 36.

¹¹ *Ibidem*, p. 36. Es cuestionable la naturaleza de esta necesidad de arrepentimiento o pesar de parte del autor. En Von Hirsch puede precisarse que quizá la indiferencia del autor ante el reproche pueda ser, en un primer momento, causa de una crítica o un juicio de reproche moral desprovisto de pretensión de juridificación. La indiferencia que, en cambio, está acompañada por actos también reprochables daría lugar a un reproche caracterizado especialmente. Pensemos en el caso de la comisión de lesiones corporales. Naturalmente el reproche será comunicado al autor. Si éste manifiesta indiferencia ante el reproche la pena se graduará de todas maneras conforme a la gravedad del delito. Si esa actitud de indiferencia se vuelca en la ejecución de un nuevo delito de lesiones, entonces la comunidad cuenta con un juicio de reproche caracterizado por esta indiferencia. Aquí el mensaje será reforzar el reproche por medio de la consideración de la reincidencia.

¹² *Ibidem*, p.37. Con todo debe quedar claro que Von Hirsch no espera de la potencial influencia de la pena en terceros una intimidación en términos utilitaristas. Si se pide a la gente que desista de cometer delitos de acuerdo a una consideración moral (el delito está mal), deben entregarse razones por las cuales ese acto se encuentra enfrentado al consenso moral (existen razones por las cuales lo que está mal, está mal).

La sanción penal, por tanto, configura un modo de enfrentamiento del problema penal de acuerdo a la consideración de agentes morales iguales de quienes participan en la configuración de la conducta. Reconocer el *status* de agente moral igual es parte de lo que se encuentra en juego. Si, de acuerdo a Von Hirsch, se tomara el camino de prescindir de esta dimensión de la imposición de la pena, nos encontraríamos tratando a las personas como “tigres de circo” que reaccionan ante la amenaza de una consecuencia indeseable de manera neutra o meramente instrumental.¹³

2.1. Retribución y venganza.

Un punto de interés para comprender una teoría retributiva, es determinar la exacta posición de la idea de “venganza” frente a la idea de “retribución”. Un buen ejemplo al respecto es el caso de la *lex talionis*.¹⁴

Una teoría retribucionista de la pena puede identificarse con la mecánica de ojo por ojo y diente por diente presente en la creencia cristiana. Sin embargo, ni la ley taliónica ni una teoría de la pena retribucionista deben ser confundidas con la venganza. La venganza necesita, para constituirse, reconocer el interés moral personal de quien impone la sanción. Es venganza cuando nos enfrentamos a una aplicación de un mal por parte de quien es víctima directa y tiene intensiones subjetivas en la aplicación de ese mal. El ejecutor del mal es quien ha padecido el mal del delito.¹⁵

La idea de venganza se asocia a una versión no institucional de castigo, o al menos a una versión incivilizada de castigo.¹⁶

Una versión civilizada de castigo requiere considerar que el acto de venganza es un acto de desorden, contingente respecto de lo que se espera por parte de la comunidad. La retribución expresa precisamente el ordenamiento del reproche, de acuerdo a lo que nos parece correcto esperar respecto de un acto incorrecto. La cuestión central está en que no se trata, a pesar de estar vinculado a una intuición moral, de lo que nos parece contingente o subjetivamente esperable, sino de lo que nos parece moralmente esperable, más allá de la estructura de la *vindicta*.¹⁷

¹³ *Ibidem*, p. 37.

¹⁴ Existen posiciones que identifican a la justificación retributiva de la pena con la venganza, por ello me parece necesario referirme a este punto. En este sentido vid. CID, J. “*La elección del castigo (Suspensión de la pena o probation versus prisión)*”, Barcelona, 2008, p. 21.

¹⁵ En realidad la ley del talión es un índice de proporcionalidad entre la ofensa y el mal que se entiende debe irrogarse a causa de esa ofensa. En este sentido vid. TUNICK, M. op. cit. p. 87.

¹⁶ Vid. TUNICK, M. op. cit. p.88.

¹⁷ *Ibidem*, p. 90.

Por ello, una teoría retributiva de la pena expresa la necesidad de condena de parte de la sociedad respecto del acto incorrecto que configura al delito.

La identificación entre retribución y venganza ha sido tradicionalmente asumida por quienes sustentan una ética consecuencialista del castigo.¹⁸

La acusación radica en la presunta afinidad que puede encontrarse entre el significado moral que se esconde detrás de una justificación retribucionista y la comprensión (presuntamente) ordinaria de la idea de venganza.¹⁹

Sin embargo esta es una cuestión aparente. La idea de venganza ha sido repudiada por los filósofos desde la antigüedad²⁰ y de hecho, ha sido opuesta a la idea de castigo retributivo.

En la venganza:

«[...] [S]e hallaría presente este especial estado de ánimo natural a la relación de enemistad que ha surgido de la conducta alevosa del ofensor respecto de quien se va a erigir en sujeto activo de la venganza [...]»²¹

Este estado de ánimo es precisamente desechado en la óptica retributiva. Cuando se establece la realización culpable del delito como condición necesaria para la imposición de la pena, se dota de fuerza expresiva a ese acto en el pasado, y por ello, se justifica a la pena retrospectivamente.

Por otra parte, en el acto de imposición de la pena, se otorga un carácter público al hecho del castigo que la venganza no necesita para ser considerada como tal.²²

La venganza puede tener lugar, por ejemplo, frente a actos morales apreciables (un delincuente puede vengarse de quien impidió su acción delictual), la pena nunca podrá imponerse ante un acto conforme al consenso moral de la comunidad, nunca estará justificada la punición de una conducta conforme a derecho.²³

2.2. *Prevención y reproche. ¿Es posible la compatibilidad?*

¹⁸ Vid. BETEGON, J., op. cit. p. 116.

¹⁹ Ibídem, p. 116.

²⁰ Ibídem, p. 122.

²¹ Ibídem, pp. 123 – 124.

²² Ibídem, p. 124.

²³ Ibídem, p. 125.

Un problema importante que debe enfrentar un retribucionista es la aceptación o negación de la concurrencia de la prevención, como una idea plausible ante la imposición de la pena.

Von Hirsch ha manifestado su aceptación. Si bien es claro que en la tesis de Von Hirsch lo primordial es el merecimiento, acepta que el Estado al momento de conminar e imponer una pena puede admitir la consideración de los terceros ajenos directos al acto.²⁴

De hecho esta asunción permite liberar a Von Hirsch de la etiqueta de retribucionista, pues como él mismo ha señalado:

El derecho penal [...] realiza dos funciones interrelacionadas. Al amenazar con consecuencias desagradables pretende desalentar conductas delictivas. A través de la censura, implícita en estas sanciones, el derecho expresa desaprobación por esta conducta. De esa forma se suministra a los ciudadanos razones morales y no sólo prudenciales para desistir de ciertos comportamientos.²⁵

La tesis de Von Hirsch descansa en reconocer, sin embargo, un tipo de relación entre los dos puntos que fundamentarían la práctica punitiva. La retribución del mal causado debe primar por sobre la prevención de la comisión de delitos por parte de la sociedad. Para Von Hirsch, la función preventiva consiste en:

[...] [E]n suministrar razones prudenciales; razones que están vinculadas y complementan las razones normativas expresadas en la censura penal. El derecho penal, a través de la censura implícita en sus sanciones expresa que la conducta está mal, y con ello suministra al agente moral razones para desistir. De todos modos (dada la falibilidad humana) puede sentirse tentado. Lo que el desincentivo prudencial puede hacer es suministrarle una razón adicional –la prudencia- para resistir la tentación.²⁶

El argumento consiste en reconocer dos clases de razones para comprender la imposición de una pena. Por una parte existen razones morales y por la otra, razones prudenciales.

Las razones morales se vinculan al sentido de la pena en tanto reproche. Se reprocha de acuerdo a un plan moral o una intuición moral compartida acerca de la necesidad de comunicar al autor de un delito que lo hecho culpablemente está mal.

²⁴ Vid. VON HIRSCH, A., op. cit. p. 39.

²⁵ *Ibidem*, p. 39.

²⁶ *Ibidem*, p. 39.

Las razones prudenciales por su parte, dicen relación con razones meta-morales que sirven de base para construir un juicio lógico de desistimiento ante el delito, por encontrarse construido por medio de una prohibición reforzada penalmente.

La cuestión está en entender que la prevención en la formulación de Von Hirsch no puede situarse como un paso de justificación interna de la pena, sino que pasa por reconocer un sector del juego comunicativo de la conminación de la pena que otorga razones de prudencia que se alinean con la razón moral contenida en la prohibición.²⁷

Resulta clarificador considerar la relación que se plantea entre estos dos elementos. Von Hirsch es conciente que el ingreso de la prevención en el terreno de la justificación de la punición puede generar un problema al caer en una medida utilitarista del castigo.²⁸

Lo fundamental es, a pesar de reconocer este juego preventivo, no socavar la exigencia de proporcionalidad. La sanción debe evitar ser comprendida como un mero imperativo, sino que debe ser considerada como una razón moral para el cumplimiento de una conducta conforme a derecho. Por ello, la función reprobatoria en Von Hirsch, tiene primacía, se basta para justificar la existencia de la punición. Por ello la función preventiva opera sólo *dentro* de la función reprobatoria.²⁹

Al existir una justificación dual, en la tesis de Von Hirsch, una pena que careciera de razones preventivas podría ser abolida.³⁰ Podemos imaginar una sociedad donde el bienestar social encuentre niveles tan altos, que la punición de las conductas sea innecesaria. En una sociedad donde la amenaza de comisión de crímenes sea excepcionalmente baja, Von Hirsch contesta afirmativamente a la pregunta sobre la abolición de la punición.³¹

²⁷ *Ibidem*, p. 40.

²⁸ En términos del propio Von Hirsch se corre el riesgo de entender el castigo penal como un mecanismo de entrenamiento de tigres. Una tesis utilitaria, según Von Hirsch, trata a los integrantes de la comunidad como tigres que reaccionan ante el placer o disgusto de las amenazas. Vid. VON HIRSCH, A., “*Censurar...*”, op. cit.

²⁹ Esta idea de Von Hirsch en un sentido puede permitir abandonar la justificación “dual” de la pena que ofrece el autor. Si la función preventiva está supeditada a la reprobatoria, y si opera *dentro* de los márgenes de la reprobación, la única función que puede advertirse por los agentes morales es la retribución. La prevención sería una característica externa del acto de comunicación que se produce respecto del infractor. Al ser la imposición de la pena un acto público por definición, Von Hirsch explora un modo de hacer patente la dimensión ante terceros de este acto comunicativo. Vid. VON HIRSCH, A. “*Censurar...*” op. cit. p. 41.

³⁰ *Ibidem*, p. 41.

³¹ *Ibidem*, p. 41.

Naturalmente, ésta es una cuestión controvertida. En este punto, Von Hirsch ha hecho una concesión que puede conducir su tesis a ser considerada como una tesis utilitarista moderada antes que como una tesis retributiva moderada.

Si las expectativas de comisión del crimen son bajas, un retribucionista no puede agregar al juego de las premisas de imposición de la pena una razón que permita el resultado ilógico ya apuntado por Moore.³²

Imaginemos una sociedad donde un determinado delito casi no se comete, por ejemplo, en la que existe un tabú moral muy fuerte sobre el abuso sexual y en que los delitos sexuales no se cometen salvo marginalmente. ¿Podría aceptarse desde la óptica retribucionista la abolición de la punición?

Si se considera que la intuición moral acerca de lo punible es en algún sentido artificial, la respuesta es positiva. Dentro de la reprobación se halla una razón sobre la prudencia que permite abandonar la pretensión de castigar penalmente. Sin embargo, aún en un ejemplo totalmente hipotético de una sociedad sin crimen, la intuición acerca de lo que está mal constituye a esa sociedad, pues reconoce la calidad de agentes morales libres de sus ciudadanos. Si, como señala el propio Von Hirsch, la prevención debe supeditarse a la retribución, entonces allí donde se reconozcan consensos acerca de lo que está mal, la pena debe mantener su lugar aún cuando encontremos fuertes razones preventivas para abandonarla.

2.3. *¿Cuánto castigar?*

Una vez afirmado el núcleo de la justificación de “por qué” castigar, es necesario preguntarse cómo esta teoría puede determinar al “cuánto” de la pena.³³

La pregunta puede ser respondida esquematizando las condiciones de aplicación de la pena:

- (1) Las sanciones penales deben expresar censura y reproche. En eso consiste su “forma punitiva”;
- (2) La severidad de la sanción se correlaciona con la intensidad del reproche;
- (3) Las sanciones pueden ser ordenadas de acuerdo a la gravedad de la conducta.³⁴

³² Como ha señalado Moore, no todas las personas estarán dispuesta a “*to outsmart*”, por lo que puede reconocerse una intuición moral que tiende al reconocimiento de la incompatibilidad entre la culpabilidad y la función utilitaria y además a asumir una postura retributiva acorde con esa intuición. Vid. MOORE, M. op. cit. p. 97..

³³ Sobre este punto sigo la exposición de VON HIRSCH, A. op. cit. pp. 42 – 47.

³⁴ *Ibidem*, p. 42.

El primer punto muestra la pretensión sancionadora contenida en el acto de imposición de la pena. La sanción, como hemos insistido, no es neutra, contiene un juicio de disconformidad de la sociedad que tiene base en un acuerdo moral explicitado en la pena.

El paso dos establece que, en el caso particular, la imposición de la pena es el medio por el cual se comunica la disconformidad. A mayor gravedad del comportamiento mayor severidad en la reprobación.

El tercer paso incorpora la exigencia de justicia en el acto particular de imposición de la pena. Cuando tratamos al autor como un agente moral igual se le aplica un juicio de demérito a su acción defectuosa. Cuando se castiga una determinada conducta con más pena que otra, se está ofreciendo un índice acerca de qué es peor. Es peor, desde el punto de vista del contenido moral de la pena, un acto que tiene aparejada una pena superior³⁵.

Para la explicación coherente del marco penológico de un determinado Derecho Penal las penas deben correlacionarse con la gravedad de los delitos. Un orden coherente se obtiene asumiendo que el índice a tener en cuenta es la reprobación como rasgo principal de la pena.³⁶

La proporcionalidad –siguiendo a Von Hirsch- puede ser *ordinal* y *cardinal*. La proporcionalidad ordinal está referida a la pretensión de igualdad que se encuentra tras el acto de imposición de la pena. Las personas que deben padecer una pena por actos semejantes deben recibir un trato igual. Cuando se alteran los criterios para el trato de sujetos que han cometido actos similares (por ejemplo, por consideraciones de prevención del delito) la proporcionalidad (ordinal) se ve infringida.³⁷

La proporcionalidad ordinal necesita la satisfacción de tres subjuicios: la paridad, la graduación de acuerdo al rango y el espaciamiento de las penas.

La paridad importa que cuando existan condenados por infracciones similares, la severidad del castigo sea sustancialmente similar. Desde luego, la pretensión no consiste en construir dos modos de padecimiento de la pena exactamente iguales, pero sí sustancialmente iguales.³⁸

³⁵ *Ibíd*em, p. 43.

³⁶ En este sentido Von Hirsch admite, como hemos advertido, la posibilidad de contar con argumentos preventivos de manera accesoria al argumento reprobatorio para explicar la imposición de la pena. El mismo autor advierte que a pesar de esto la existencia de esta variable preventiva no debe asumirse en el mismo nivel que la reprobatoria a riesgo de socavar la proporcionalidad. Vid. VON HIRSCH, A. “*Censurar...*”, op. cit. pp. 43 – 45.

³⁷ *Ibíd*em, p. 45.

³⁸ Esta exigencia puede encontrar una excepción en las denominadas “sanciones intermedias”. Se refieren a penas que se expresan en alternativas a la prisión que sean más graves que las sanciones de baja severidad (pequeñas multas por ejemplo) y que incluyan, con matices pequeñas privaciones

La graduación de acuerdo al rango exige consistencia en la consideración de gravedad del delito y su pena. Los delitos más graves deben tener penas mayores. Así, la escala de penas debiera reflejar la gravedad de los delitos.

Espaciar las penas consiste en lo siguiente: los delitos A, B y C tienen una gravedad ascendente. B es considerablemente más grave que A, pero sólo un poco menos grave que C. Entonces, la distancia entre la pena de A y B debe ser mayor y la distancia entre B y C debe ser menor.³⁹

Desde luego, el juicio de proporcionalidad requiere determinar la gravedad del punto de partida. Cuando se asigna una determinada pena a un tipo de delitos, podemos, comparando, determinar si el siguiente delito es más o menos grave de acuerdo a una convención primaria de desaprobación. De todos modos, al ser una convención, la introducción de una determinada pena puede verse como una alteración convencional, y con ello terminar con la consideración del punto de partida.

La proporcionalidad de una determinada pena requiere considerar todavía otro nivel. La proporcionalidad ordinal es una proporcionalidad relativa. Es posible que exista en una determinada sociedad una proporcionalidad no relativa o *cardinal*.⁴⁰

Este juicio incorpora al sistema de penas en su conjunto y lo caracteriza de acuerdo a una premisa general. Si pensamos en una sociedad donde toda clase de infracciones tienen aparejada una pena de prisión, incluso las infracciones bagatelarias, y si en esa sociedad pueden encontrarse razones para oponerse a ese trato penal (por ejemplo por protección de los derechos de los condenados por delitos poco graves), estamos estableciendo un límite cardinal o no relativo.

La cuestión sobre la proporcionalidad cardinal es polémica. Como punto de partida, y mirando el límite superior de la proporcionalidad, tenemos que la respuesta por la proporcionalidad cardinal de una determinada escala de penas no puede darse en términos binarios (sí o no, o, desproporcionado o proporcionado), sino que se da en torno a la idea de grado. Así una escala de penas puede ser más desproporcionada que otra. El argumento de Von Hirsch para apreciar la proporcionalidad cardinal descansa en tres pasos. Primero, la consideración de cuán reprobables son los delitos de la escala inferior de penas, y de cuánto es el daño que se considera comportan esta clase de delitos. Segundo, la consideración

de libertad. El derecho penal de menores es, como veremos, un terreno con un marco penológico caracterizado por el ingreso de esta clase de penas. Al respecto vid. VON HIRSCH, A. “*Censurar...*”, op. cit. pp. 99 – 115.

³⁹ *Ibidem*, p. 46. Con todo, establecer espacios entre las penas de delitos con gravedad diversa implica poder diferenciar con cierta exactitud la gravedad de una determinada conducta. Esta es una cuestión en extremo compleja, como reconoce el propio Von Hirsch.

⁴⁰ Vid. VON HIRSCH, A. “*Censurar...*” op. cit. pp. 46 – 47.

de la gravedad de la privación de bienes importantes para los penados por medio de una pena demasiado severa. Tercero, la trivialización del juicio de reproche de delitos graves al establecer penas muy altas para delitos poco graves.⁴¹

3. La pena como base para comprender el modelo de Derecho Penal Juvenil.

Como hemos advertido hasta aquí, creo que la mejor teoría de la pena que puede ofrecerse es una teoría retributiva. Uno podría preguntarse si es que con una determinada teoría de la pena es posible comprender al sistema del Derecho Penal de Menores. La respuesta puede ser afirmativa en tanto se considere que el sentido de la práctica punitiva, determina el sentido de la interpretación de las restantes áreas de la punición. Podría plantearse, sin embargo, una segunda pregunta: ¿puede al amparo de una teoría retributiva de la pena explicarse el funcionamiento del Derecho Penal de Menores?

Aquí, la respuesta debe considerar un rasgo fundamental de las consecuencias jurídicas asociadas a los delitos cometidos por menores. No toda medida es pena en el ámbito del Derecho Penal de Menores, sin embargo, el grueso de la reacción punitiva para menores constituye una pena en términos generales.⁴²

El discurso que existe al respecto es confuso. Y es confuso en gran medida porque no se asume, como punto de partida, qué entendemos por pena para el caso de los menores y qué naturaleza tiene aquello que consideremos se encuentra fuera de la idea de pena.⁴³

En esta sección intentaré ofrecer el panorama existente en el contexto del Derecho Penal Juvenil español. Creo que las conclusiones a las que se arribará pueden repetirse en distintos contextos, pues es evidente que una teoría retributiva

⁴¹ En cuanto al límite inferior Von Hirsch se pronuncia –aceptando la crítica de Jareborg– por permitir, en abstracto, su inexistencia en la medida que se cumplan las funciones que establece para la pena. Sostiene, que, de todos modos, un límite inferior estará en los hechos determinados por la función preventiva ya apuntada. Vid. VON HIRSCH, A., “*Censurar...*” op. cit. pp. 71 – 73.

⁴² Por ello, por ejemplo, en el caso español, la Ley 5/2000 que regula la responsabilidad penal de los menores de edad llama “medidas” tanto a las penas como a las demás medidas asociadas al castigo penal del menor de edad.

⁴³ La evolución del trato penal a los menores de edad además, contiene una serie de elementos muchas veces contradictorios (a mi juicio por la falta de afirmación del fundamento de la punición de jóvenes). Desde una perspectiva político criminal Vid. MUNCIE, J. “The globalization of crime control –the case of youth and juvenile justice: Neo liberalism, policy convergence and international conventions” en *Theoretical Criminology*, núm. 9, 2005, p. 36; MUNCIE, J. “Governing young people: Coherence and contradiction in contemporary youth justice”, en *Critical Social Policy*, núm. 26, 2006, pp. 770 – 793.

de la pena tiene la fuerza argumentativa para aplicarse en distintos modelos punitivos.

3.1. Diferentes modos de comprensión de las sanciones penales para menores.

El Derecho Penal Juvenil ha desarrollado desde hace un par de siglos una forma de enfrentar el problema de las sanciones penales para menores. El caso español se encuentra caracterizado actualmente por la asunción de lo que se denomina “modelo de justicia”.

En esta medida, desde el proceso penal se intenta realizar un reconocimiento de derechos y garantías básicas del menor⁴⁴. Junto a ello, se intenta dar respuesta a la necesidad de especialidad del trato punitivo de los menores.

El punto de partida es, entonces, que no es igual penar a un adulto que a un menor. Con mayor precisión, podemos decir, que la pena juvenil debe ser inferior en su intensidad que la del adulto.

En esta sección expondré el concepto fundamental y dominante en la doctrina española acerca de la pena juvenil. Luego, intentaré proponer un tipo de justificación de la pena juvenil basada en una concepción retributiva de la pena.

3.2. La pena juvenil. Medidas sancionadoras-educativas.

Una alternativa presente en los diferentes tratamientos de las medidas penales para menores es considerar que nos encontramos con medidas “sancionadoras- educativas” que constituyen el centro de la denominada pena juvenil.

Así se ha dicho que:

Hablamos de “pena” porque ha de tratarse de una sanción penal que tenga como uno de sus puntos de referencia la proporcionalidad con la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad. Y de pena “juvenil” porque presenta características especiales que la diferencian de la pena de los adultos en atención a la situación particular de los sujetos a que se dirige.⁴⁵

La diferencia entre una pena en sentido amplio y una pena juvenil está determinada por el sujeto al que se dirige, pero esta consideración depende

⁴⁴ Entre otros vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. “El sistema de medidas en la ley penal del menor y las alternativas al proceso”, en BARREIRO, A. y FEIJOO, B. (edit.), *“Nuevo Derecho Penal Juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?”*, Barcelona, 2007, pp. 67 – 91.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 70.

centralmente de la inclusión de criterios preventivo–especiales que se imponen junto a la función retributiva.⁴⁶

La razón de esta inclusión está en que, en el caso del Derecho Penal Juvenil, nos enfrentamos a “personas en proyecto” desde el punto de vista del autor. Es decir que el menor merece especial consideración y por ello se agregan, junto al ideal retributivo, una función de prevención especial y reeducadora.

Esta especialidad de la pena juvenil tiene impacto, desde luego, en la menor “cantidad” de pena que se asigna. Por ello el legislador ha establecido una regla específica de limitación del *quantum* de pena que tiende a no traspasar nunca la cantidad de pena que para el mismo caso tenga un adulto. Sin embargo, se ha sostenido que, además de la atenuación de *quantum* deben considerarse la función educativa en el momento de generación legislativa de la pena, en el momento de medición judicial debe considerarse el juego recíproco –y al mismo nivel- del merecimiento y de la necesidad de educación y finalmente en el momento de ejecución deben orientarse hacia la prevención especial o reeducación.⁴⁷

Se sostiene que existe un sentido distinto entre la “pena juvenil” y la pena de adultos. Se atiende, en la juvenil, a la falta de madurez y se asocia a esta carencia la posibilidad de que un “tratamiento” correctivo pueda ser más exitoso que en el caso de los adultos.

La consecuencia principal de esta configuración de la “pena juvenil” es que, en el Derecho Penal de Menores, a un determinado delito o falta no le sigue una pena cierta. La pena no está totalmente determinada de antemano por el legislador, sino que se considera “abierta” a la combinación de diversos argumentos que tengan en vista el interés del menor.⁴⁸

Dicha combinación involucra “medidas” que no resultan homogéneas desde el punto de vista de su naturaleza. Así, dentro del abanico de posibilidades existen medidas terapéuticas (medidas de seguridad) y otras, de carácter “sancionador-educativo”.⁴⁹

Lo esencial, entonces, al enfrentar la pena juvenil será reconstruir un principio general para su aplicación, el que en general se ha denominado “principio de flexibilidad”. Este principio genera que no sólo la clase de pena (la

⁴⁶ *Ibidem*, p. 70; GOMEZ RIVERO, C. “Nueva responsabilidad penal del menor: las leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000”, en *Revista Penal*, núm. 9, 2001, pp. 3 – 26.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 71.

⁴⁸ Vid. BOLDOVA, M. “El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho Penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre”, en BARREIRO, A. y FEIJOO, B. (edit.), *Nuevo Derecho Penal Juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Barcelona, 2007, pp. 93 – 115.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 95.

combinación) sea una cuestión incierta, sino que además la intensidad de la pena también lo sea.⁵⁰⁻⁵¹

Tenemos entonces dos rasgos centrales para entender la “pena juvenil”. El primero de ellos se refiere a la propia naturaleza de la pena, es decir, a la compatibilización entre una justificación retributiva y preventiva (castigar y educar). El segundo, dice relación con el anclaje de las distintas penas de acuerdo a algún criterio cierto de aplicación que supere la “flexibilidad” y su incerteza material y cuantitativa.⁵²

4. ¿Castigar y educar?

El problema central que podemos identificar está determinado, entonces, por una cuestión que dice relación con la fundamentación de la punición de menores: se castiga y se educa.

Conforme a una tesis retribucionista, la pretensión de asociar fines retributivos y preventivos a una determinada forma de pena trae consigo ciertos problemas de gravedad.

En primer término, desde el punto de vista teórico, no pueden salvarse los dilemas lógicos que ya he mencionado⁵³. Si ingresamos en pie de igualdad un ideal preventivo o utilitario estamos suscribiendo una tesis utilitaria mixta o de unión.

En segundo término, y más particularmente, una teoría de la pena conformada con estos dos objetivos tiende a diluir el principio de legalidad en materia penal. Como se sabe, el principio de legalidad debe otorgar una cierta previsibilidad a la pena. En términos de una teoría retributiva, el mensaje de desaprobación de una conducta prohibida en una ley penal, tiene su base en un consenso moral que se especifica en la pena amenazada.

Mediante el reconocimiento del, ya apuntado, principio de flexibilidad, el autor del delito no puede tener claro qué conducta es más reprobable que otra, pues no tiene una guía prudencial suficiente en tanto puedan combinarse diversas

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 103 – 104.

⁵¹ De hecho reconocer este principio, a juicio del propio Boldova, implica reconocer el carácter de “derecho penal de autor” del Derecho Penal Juvenil, debido a la superposición de las características especiales del autor por sobre la fuerza expresiva del hecho.

⁵² Este segundo problema, en realidad, es un problema de proporcionalidad. Veremos más adelante que, de todos modos, ambos problemas están unidos. Una justificación que dé la misma importancia a los criterios retributivos y preventivos tiene, entre otros, problemas para generar certeza en la pena que se asocia a determinados delitos.

⁵³ Con una tesis que integre la pretensión educativa y reprobatoria tendríamos que podemos llegar al absurdo de, en abstracto, considerar una pena como aplicable y no aplicable a la vez. Al respecto vid. MAÑALICH, J.P., *op cit.*

formas de manifestación del castigo. Por otra parte, y tal como se ha advertido, tampoco el *quantum* de la pena puede ser visto por el autor, por lo que las pretensiones de igualdad derivadas de la proporcionalidad ordinal no pueden ser enfrentadas.

La cuestión central a enfrentar es aceptar o no la tesis utilitaria mixta, que impone la combinación de la pretensión educativa y retributiva en pie de igualdad, es decir, que se castiga en el contexto del Derecho Penal de Menores para educar y reprobando la conducta.

4.1. La incompatibilidad de las pretensiones educativas y sancionadoras en el nivel de fundamentación de la imposición de la pena.

Existen posiciones que intentan enfrentar esta combinación entre educación y reprobación. Una llamativa exposición al respecto ha sido realizada por Jean Hampton.⁵⁴

Hampton, acepta como punto de partida la conexión ética que se produce entre la prohibición penal y la necesidad de actuar conforme a esa prohibición. Acepta, también, que la imposición de la pena puede tener una función preventiva de comisión de delitos en el futuro. Sin embargo considera esta función preventiva como un “hecho” que da cuenta de la utilidad de la herramienta penal.⁵⁵

Esta es una cuestión crucial en el planteamiento de Hampton pues considera por otra parte que la justificación utilitaria neutra, es decir, una justificación utilitaria que prescindiera de la correlación entre la carga moral de no cometer delitos y el merecimiento de sanción por el hecho de cometerlo, pone a la punición en situación de generar un trato degradante con los integrantes de la comunidad.⁵⁶

De acuerdo a una teoría educativa del Derecho Penal, la imposición de la pena puede tener sobre sí la carga de enseñar al autor del delito que lo hecho se encuentra mal. Pero esta no es una razón para fundamentar la punición, se es acreedor de la pena en virtud de un argumento retributivo. Lo que sí, es que el hecho de padecer la pena puede servir de medio para expresar, en términos morales, lo que se encuentra bien.⁵⁷

El mensaje moral implícito en el acto de imposición de la pena es lo que expresa educación. Se educa, en el contexto del Derecho Penal, cuando se

⁵⁴ Vid. HAMPTON, J. “The moral education theory of punishment”, en SIMMONS, A., COHEN, M., COHEN, J., BEITZ, C., “*Punishment*”, Princeton, 1995, pp. 112 – 142.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 115.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 115. Hampton, siguiendo a Hegel, sostiene que se trata a las personas como perros. Coincide en esto con la metáfora de Von Hirsch y los tigres de circo, ya comentada.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 116.

contrasta la evidencia moral de lo correcto (jurídicamente señalado) con la acción defectuosa del autor. El autor, entiende o aprende de la pena, que moralmente se encuentra en un error.⁵⁸

Este aprendizaje, moralmente marcado, debe entregar razones al ofensor para elegir realizar una conducta que no se encuentre proscrita.⁵⁹

Para esta tesis, la relación entre reprobación y educación pasa por reconocer dos ámbitos de juego en la justificación del castigo. Por una parte, la justificación general del castigo no puede considerar la variable utilitaria, es decir, no puede fundamentarse la práctica punitiva general de una sociedad en la educación. La pena es un mal diseñado en general, y debe constituir un sufrimiento para ser reconocida como pena.

Por otra parte, el acto particular de imposición de la pena sí puede admitir el ingreso de la variable educación. Así, una teoría educativa de la pena –en palabras de Hampton- es una manera de ayudar al autor a ganar el conocimiento moral, si quiere ganarlo.⁶⁰

Esto diferencia a una teoría educativa del Derecho Penal de las versiones rehabilitadoras o de tratamiento.⁶¹ Una tesis educativa reniega de la justificación utilitaria, admitiendo la operación de una variable “preventiva” al interior del juicio de reproche. Así, no se trata de enfrentar al autor del delito como una persona enferma, sino un espacio para otorgar un mensaje con carga moral al autor de un delito.⁶²

Teniendo en vista una tesis como la hasta aquí esbozada, resulta en extremo complejo admitir que en el caso de la “pena juvenil” se eduque y castigue a la vez. Como puede apreciarse, la tesis de Hampton puede ser leída como una clase de retribucionismo⁶³ al centrar la justificación del castigo en el merecimiento de pena por parte de un culpable. Por ello, la educación constituye una operación externa de caracterización de la imposición de la pena, pero no una justificación.

Dicho de otro modo, no porque una de las funciones con que pueda ser descrita la acción de penar (a un menor) sea la educación moral del infractor,

⁵⁸ *Ibidem*, p. 116.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 117. Naturalmente hasta aquí tenemos una fuerte coincidencia entre las razones prudenciales aportadas por la función preventiva de la pena que Von Hirsch acepta en su teoría.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 118.

⁶¹ Expresiones que tanto terreno parecen haber ganado en las reflexiones sobre Derecho Penal Juvenil.

⁶² HAMPTON, J., *op.cit*, p.118.

⁶³ Debo conceder que, de todos modos, será un retribucionismo mixto o moderado. La propia autora mira con recelo el etiquetamiento considerando que la suya es una tesis educativa de la pena. De todos modos, es evidente que la incompatibilidad con las justificaciones utilitarias de la pena provocan su comprensión como teoría retributiva. Vid. HAMPTON, J. *op. cit.* p. 119 – 121.

podemos sostener que la necesidad de educación fundamenta la punición de ese autor.

Ello trae como consecuencia de importancia que la “pena juvenil” no puede ser descrita, entonces, como una “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.

4.2. Reconstruir la pena juvenil desde una teoría retributiva de la pena.

El punto de partida es que el menor de edad es un agente moral dentro de la sociedad. Con mayor precisión, es un tipo de agente moral en la sociedad. Si tomáramos la clasificación que nos otorga el estatuto de responsabilidad tendríamos que los sistemas penales suelen conocer al menos tres clases de sujetos: los adultos (agentes morales en propiedad), los menores (agentes morales en entrenamiento o respecto de los cuales se predica una tolerancia especial) y los inimputables (aquellos miembros de la especie que no pueden ser sujetos de imputación y respecto de los cuales podemos predicar su irresponsabilidad y su falta de agencia moral a efectos de recibir la censura penal).

Sabemos que al menor se le sanciona penalmente. Le empecen los tipos penales expresados en la ley. Podemos decir además que la “educación” constituye un excedente que no fundamenta el acto de imposición de una pena, pero que puede ser considerado a la hora de describir externamente el acto. Sabemos, además, que el acto de imposición de la pena de un menor es distinto que el acto de imposición de la pena de un adulto.⁶⁴

¿Qué constituye esa diferencia?, Von Hirsch ha entregado pistas interesantes al respecto. Primero, si la retribución como explicación de la pena es la mejor versión que puede tenerse para la pena en general, entonces, una justificación esencialmente retributiva debe constituir nuestro punto de partida. Sin embargo, podemos construir diferencias en el trato penológico a partir de reconocer que la imputación de delitos para menores no opera de la misma manera que para los adultos.

Una pena retributiva del menor se construye en base a tres rasgos: una especial culpabilidad, la consideración de un particular “impacto punitivo”, y una determinada “tolerancia” a la conducta desviada de los menores comparativamente con los adultos.

⁶⁴ Debemos recordar que, de todos modos, el acto de imposición de lo que se ha denominado “medidas sancionadoras-educativas” no deja de ser un acto de imposición de una pena. Esta es la posición mayoritaria en la doctrina española, entre otros vid. VÁSQUEZ, C. “Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos”, en VÁSQUEZ, C. y SERRANO, M. (Eds.) “*Derecho Penal Juvenil*”, Madrid, 2007, pp. 319 – 321.

Congregando a estos tres factores una teoría de la pena del menor debe satisfacer una premisa general: la consecuencia punitiva propia del menor debe ser más leve que la del adulto.⁶⁵

4.2.1. *Culpabilidad del menor.*

Se dice, habitualmente, que el juicio de culpabilidad del menor de edad debe ser “reducido”, es decir, que debe ser “inferior” que el del adulto.⁶⁶

Para enfrentar esta necesidad de reducir la culpabilidad del menor se han dado tradicionalmente dos clases de argumentos: argumentos que miran a los defectos cognitivos y argumentos que miran a los defectos volitivos.

En el caso de los defectos cognitivos, se apunta a una capacidad inferior de comprensión del mandato de la norma penal. Los menores tienen un juicio lógico acerca de las consecuencias lesivas de su conducta, inferior al que consideramos que tienen los adultos.⁶⁷

En el caso de los defectos volitivos, se apunta a una menor capacidad para resistir el impulso a cometer delitos.⁶⁸

Estos defectos pueden ser explicados en torno a una característica distintiva: el dinamismo.

La culpabilidad en el ámbito de los menores es dinámica ya que constituye un estado que permite la vinculación entre el hecho que constituye el delito y el presente que constituye el castigo. En esta medida, es una culpabilidad que tiende a esta conexión tal como la culpabilidad de los adultos. Sin embargo, esta idea de culpabilidad no puede ser fundamentada tan sólo con referencia al juicio de imputación que internamente se origine en los márgenes del Derecho Penal de Menores.

En tanto 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.

⁶⁵ Esta es una cuestión teóricamente discutible, pero asentada en la dogmática. Desde este punto de partida comienza su análisis Von Hirsch. Vid. VON HIRSCH, A. “Proportionate sentences for juveniles. How different than for adults?”, en *Punishment and Society*, 2001, núm. 3, pp. 221 – 223.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 223; para visión que explora la relación entre una culpabilidad disminuida y la proporcionalidad vid. KUPCHIK, A. “Youthfulness Responsibility and Punishment: Admonishing adolescents in Criminal Court” en *Punishment and Society*, núm. 6, 2004, pp. 149 – 173.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 223.

⁶⁸ *Ibidem*, p 223.

Así, el Derecho Penal de Menores constituye un “entrenamiento punitivo” para los destinatarios de sus normas, pues, está construido como un sistema especial respecto de un sistema general constituido por el Derecho Penal de adultos.

Esto ha sido visto por Lacruz, quien al afirmar la necesidad de considerar la idea de inimputabilidad tan sólo para aquellos que se encuentren bajo la línea de sujeción del Derecho Penal de Menores, considera que correlativamente el mayor de esa edad debe ser considerado “imputable plenamente”.⁶⁹

El ámbito de existencia de esta imputabilidad debe comprenderse de la mano de la necesidad de una aplicación morigerada de las consecuencias jurídicas propias del Derecho Penal.⁷⁰ Esta morigeración se determina al comparar la intensidad del vínculo entre el autor y su segmento de Derecho Penal.

El adulto es plenamente culpable en el ámbito del Derecho Penal general. En este segmento general las consecuencias jurídicas del delito tienen una entidad.

Como el Derecho Penal de Menores debe construirse desde un vínculo entre el autor y el derecho distinto, puede explicarse la necesidad de expresar una menor intensidad en ese vínculo asociando consecuencias jurídicas de menor entidad que las ya conocidas por el Derecho Penal general.⁷¹

Esta culpabilidad plena del menor de todos modos no puede ser desligada de un hecho fundamental: depende de un vínculo entre un autor y el derecho que a su vez está definido por la edad.

Como ha sostenido Lacruz:

[...] [P]ara declarar imputable al autor de la conducta típica y antijurídica [es] preciso contar con un cierto desarrollo de la personalidad, con una cierta madurez, sólo así se es capaz de comprender el carácter antijurídico de la conducta y actuar conforme a esa comprensión. Esta última afirmación conecta

⁶⁹ Vid. LACRUZ, J., op. cit. p. 255

⁷⁰ En concepto de LACRUZ, esta razón está dada por cuestiones “fundamentalmente preventivo especiales en su vertiente educativa, así como la salvaguardia de los derechos e intereses del menor, hacen necesario un tratamiento específico, en el que las consecuencias jurídicas que se derivan de la comisión del delito estén adaptadas a su concreta realidad”, vid. LACRUZ, Juan Manuel, op. cit. p. 255.

⁷¹ Podría pensarse que esta comparación resulta antojadiza, sin embargo se sustenta en el hecho de que el Derecho Penal de Menores siempre ha sucedido al Derecho Penal general o de adultos. Por tanto, lo que entendemos por pena en el contexto del Derecho Penal primariamente es lo que se entiende por pena en el Derecho Penal general. Ahí radica su generalidad frente a la especialidad del Derecho Penal de Menores.

directamente la imputabilidad con la edad y nos sitúa de lleno en el campo de la responsabilidad penal del menor.⁷²

Si la imputabilidad debe construirse pensando en la posibilidad de motivabilidad del autor respecto de la norma, en el caso de los menores debe relacionarse el vínculo jurídico que da pie a la afirmación de culpabilidad con la edad.

Puede pensarse que la edad determina un criterio de desarrollo fisiológico en el menor que da cuenta de la necesidad de considerarlo un sujeto que puede ser culpable. Creo que ésta es una cuestión secundaria. Razonablemente podemos pensar que la culpabilidad al interior de nuestras comunidades está asociada a la capacidad física de comprender el sentido de la vida en la misma comunidad; sin embargo, ésta no es una cuestión central para poder afirmar a la propia culpabilidad.⁷³

De hecho, el desarrollo de la personalidad como cuestión que fundamente el trato penal de los sujetos se enfrenta a un obstáculo insalvable: está determinado por la idea de proceso y por tanto el establecimiento de censuras por parte del derecho siempre puede convertirse en una cuestión de puro consenso político.⁷⁴

Por ello estimo que, si bien no puede desconocerse la relevancia de la edad como cuestión que define el carácter dinámico de la culpabilidad del menor, es importante entender que esta importancia radica en la determinación de una propiedad futura: la culpabilidad en el estado de adulto.⁷⁵

Esta propiedad emana de una específica relación de comunicación entre el autor de un delito que es menor de edad y la comunidad.

El menor puede comprender las normas de comportamiento de la comunidad; sin embargo, se espera de él un comportamiento frente al derecho, distinto. Este comportamiento conforme a derecho, determina el contenido de la culpabilidad material en el terreno del Derecho Penal de Menores.

Con esto, la idea de comprensión de la norma de parte del menor es una cuestión definitiva. Si se afirma por medio de la idea de comprensión que el menor participa en el (posible) consenso social, entonces, tenemos que el menor se

⁷² Vid. LACRUZ, Juan Manuel, op. cit. p. 256.

⁷³ En realidad la culpabilidad y su determinación tienen relación con la idea de legitimidad del Derecho Penal. Son culpables los que son reconocidos como agentes relevantes para la configuración de la comunidad. Vid. entre otros, BRETTSCHEIDER, C. "The rights of the guilty. Punishment and Political Legitimacy", en *Political Theory*, núm. 2 (vol. 35), 2007, pp. 175 – 199.

⁷⁴ Sobre este problema vid. LACRUZ, Juan Manuel, op. cit. p. 257.

⁷⁵ En contra de esta posición vid. MARTIN CRUZ, A., "Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad", Granada, 2004, pp. 131 y ss.

encuentra en un momento de culpabilidad que tiende a su consolidación definitiva al adquirir la mayoría de edad y transformarse en un adulto.

Esto es razonable si se entiende que el menor es un sujeto que, dentro de la comunidad, puede ser titular de intereses y participar de la idea de derecho subjetivo. El menor puede tomar decisiones en las cuales su autonomía está asegurada, tiene libertad.⁷⁶

4.2.2. *Impacto punitivo (Punitive Bite).*

Otro argumento sobre el cual debe responderse a la pregunta por la diferencia en el trato del menor, es el impacto punitivo (*punitive bite*). Imponer una pena a un menor de edad no implica el mismo coste que imponerla a un adulto.⁷⁷

Se sostiene que los menores de edad tienen una menor “resiliencia”⁷⁸ que los adultos, y que, por lo tanto, la imposición de una pena a su respecto interfiere de manera mucho más intensa en el desarrollo de su personalidad que lo que impactaría en un mayor de edad.

Para comprender el impacto punitivo puede tenerse diversas perspectivas.

Por una parte, podría asumirse un prisma *subjetivo*. La severidad de la sanción, desde este punto de vista, depende de cuán poco placentera o dolorosa pueda resultar para quien la padece. Cuando la pena se aplica a un adolescente, la pena es más “onerosa”, afecta de manera más profunda al penado, simplemente porque la persona que padece particularmente esta sanción la percibe como un hecho más doloroso que si fuera un adulto.

Esta postura se enfrenta a críticas severas. La gravedad de una pena difícilmente puede determinarse teniendo en consideración la mayor o menor sensibilidad que el penado manifieste respecto del castigo. La severidad del castigo no depende de cuán mal haga sentir a quien lo padece, sino que implica considerar los derechos que son afectados por medio del castigo, y como hemos dicho, el mensaje moral de reprobación consustancial al hecho de imponer una pena.⁷⁹⁻⁸⁰

⁷⁶ Sobre este punto vid. Vid. KINDHÄUSER, U., “La fidelidad al derecho como categoría de culpabilidad”, en LUZON, Diego-Manuel, MIR PUIG, Santiago, “*Cuestiones actuales de la teoría del delito*”, Madrid, 1999, p. 206

⁷⁷ Vid. VON HIRSCH, A. “Proportionate...” op. cit., p. 227.

⁷⁸ Von Hirsch emplea la expresión “*less resilient*” para referirse a los menores de edad para describir una mayor “permeabilidad” a las condiciones del castigo. Se expresa con mayor dureza la reprobación cuando el castigado es un menor, debido a sus características personales de ser un “menos que adulto”.

⁷⁹ Vid. VON HIRSCH, A. “Proportionate...” op. cit. pp. 227 – 228.

⁸⁰ Debemos reconocer que el dolor que debe generar la pena es un rasgo que tradicionalmente se encuentra dentro de las características que debe tener un acto para ser considerado pena. De todos modos esto no implica que pueda servir de base para entender el impacto punitivo particular de la

En esta medida, parece mejor aplicar un análisis objetivo. Este análisis debe considerar que la gravedad del delito se expresa en la gravedad de la sanción, la que puede ser descrita a través de la intensidad de afectación de los derechos del penado (libertad ambulatoria, limitación de la intimidad y otras). Las penas pueden ser ordenadas de acuerdo a la intensidad con que afectan los derechos de la persona que padece la pena (la pena de prisión es más grave que la pena de multa, ya que afecta la libertad de movimiento del penado y otros derechos producto de esa privación de libertad, en cambio la multa tan solo afecta la facultad de disposición patrimonial del penado).⁸¹

La cuestión es ¿cómo puede considerarse este análisis objetivo pensando en la pena juvenil?, ¿cómo puede graduarse la escala de penas para el caso de los adolescentes?

Se dice que los adolescentes son, ciertamente, titulares de intereses. Estos intereses tienen una cierta “especialidad” respecto de los intereses de los adultos. Los menores se encuentran en una etapa formativa que implica considerar a la pena como más costosa, afecta en el abanico de intereses de un menor de edad de manera más intensa que en el caso de los adultos.⁸²

La calidad de menor de edad implica, en la vida en sociedad, encontrarse en un momento de especial permeabilidad para la configuración de la personalidad. Los adolescentes requieren una atención especial, desde el punto de vista formativo y por ello sus intereses son vistos, jurídicamente, de manera especial. 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.⁸³

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.⁸⁴

Por ello, desde el punto de vista de la clase de intereses en juego frente a la imposición de la pena juvenil, una pena proporcionada debe tender a la rebaja frente a la pena de adultos.⁸⁵

pena en una determinada clase de sujetos. Sobre esto vid. FALCON Y TELLA, M.J. y FALCON Y TELLA, F. “Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?”, Barcelona, 2005, pp. 21 – 25; BETEGÓN, J. “La fundamentación del castigo”, Madrid, 1992, pp. 294 – 301.

⁸¹ Vid. VON HIRSCH, A. “Proportionate...” op. cit., p. 228.

⁸² *Ibidem*, p. 228.

⁸³ *Ibidem*, p. 228.

⁸⁴ Pensemos, por ejemplo, en el derecho a la intimidad. Si bien es inequívoco que en las sociedades occidentales sostenemos que el adolescente tiene derecho a la intimidad, es evidente que consideramos a este derecho “blando” frente a necesidades de protección o de educación.

⁸⁵ Vid. VON HIRSCH, A. “Proportionate...”, op. cit. p. 228.

Una segunda clase de argumentos, que caracteriza el impacto punitivo para menores, es el nivel de autoestima que tienen los adolescentes. La pena, como hemos apuntado, tiende a la reprobación y a comunicar al autor de un delito la mala calidad moral que su conducta tiene. Esta es una cuestión compleja, porque los juicios morales que habitualmente tiene el adolescente sobre sí mismo, también son una cuestión feble.⁸⁶

Por estas dos clases de razones el adolescente tiene una menor resistencia a la pena. El hecho de castigar penalmente a un menor implica castigar a un sujeto que, institucionalmente, tiene una participación deficitaria en la comprensión social.

4.2.3. Especial tolerancia para jóvenes.

Hasta aquí podemos afirmar que la pena del menor implica un trato, proporcionalmente, más benigno que la del adulto por dos órdenes de razones: tienen una culpabilidad “disminuida” y el impacto punitivo que manifiestan por su edad es mucho mayor que el que manifiesta un adulto.

Sin embargo, estas razones no ofrecen un argumento propio del Derecho Penal Juvenil para articular una escala de penas más baja. Imaginemos que tenemos una escala de gravedad de los delitos que va de 1 a 10, y una escala de penas que va de I a X. Imaginemos que se comete un delito por parte de un menor de edad. El delito tiene en la escala general una gravedad de 5 y por ello tiene asignada una pena de VII. En el caso del menor, diremos que le corresponde una escala de 3 al mismo delito y por ello le asignaremos una pena de V. Las razones que tenemos para modificar la gravedad asignada al delito y, correlativamente, la pena, es que los defectos de culpabilidad y el especial impacto punitivo deben ser razón suficiente para aminorar la pena.⁸⁷

Esto no resulta del todo concluyente. Los defectos de culpabilidad y el impacto punitivo pueden ser razones de alteración de la pena de un sujeto independiente de que éste sea menor de edad o no. ¿Cuál es el paso que falta?⁸⁸

Von Hirsch considera que debe atenderse a las convenciones sociales que existen en torno a los adolescentes y que, desde luego, influyen en la comprensión de la pena juvenil.⁸⁹

⁸⁶ *Ibidem*, p. 228.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 229.

⁸⁸ Podría encontrarse, por ejemplo, una rebaja en la escala de pena para aquéllos que tienen una característica cualquiera que permitiera predicar a su respecto un déficit de culpabilidad, por ello, Von Hirsch necesita otorgar un tercer punto en el argumento que lo convierta en propio del Derecho Penal de Adolescentes. Vid. VON HIRSCH, A. “Proportionate...”, *op. cit.* p. 229.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 229.

En primer término, debe reconocerse que la juventud es un momento de experimentación de límites en la conducta⁹⁰. Es parte del consenso social permitir que los adolescentes modelen su personalidad a fin de modelar los consensos sociales en el futuro. Por ello, es necesario dotar a este período de cierto margen de error con el fin de permitir un entrenamiento en libertad del adolescente.⁹¹

Naturalmente, en este reconocimiento existen riesgos notables de generar daños a la sociedad. Estos daños pueden ser reducidos por medio de reacciones de la sociedad que permitan expresar la reprobación ante una conducta delictual, pero por otra parte, la reacción debe ser de tal entidad que permita la mantención del espacio de error propio del menor de edad.⁹²

Esta idea de tolerancia a la conducta punible del adolescente debe articularse en torno a tres rasgos.

Primero, la tolerancia debe fundarse en una idea distinta del defecto de culpabilidad. No puede reducirse a una comprensión deficitaria de las consecuencias de sus actos o a la resistencia volitiva de los impulsos delictuales. 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 sujeto⁹³.

Segundo, la tolerancia debe ser una idea disponible para la generalidad de los jóvenes. No puede ser un mecanismo de mitigación de la escala de penas de cierta clase de adolescentes o de cierta clase de delitos. Todo adolescente, en virtud del estatuto jurídico de la juventud debe contar con la tolerancia como idea explicativa de su trato punitivo.⁹⁴

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. Esto por una razón lógica, existe un mayor entrenamiento y más posibilidad de asunción de los cánones morales de la comunidad por parte de un adolescente de diecisiete años que de uno de catorce⁹⁵.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 229.

⁹¹ *Ibidem*, p. 229.

⁹² *Ibidem*, p. 230.

⁹³ *Ibidem*, pp. 231 – 232.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 232.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 232.

BIBLIOGRAFIA

- ALBRECHT, PETER. (1990) *El derecho penal de menores*. Barcelona: PPU.
- BEDAU, HUGO. (1978). “Retribution and the Theory of Punishment”, en *The Journal of Philosophy*, Vol. 75, Núm. 11, pp. 601 – 620.
- BETEGÓN, JERÓNIMO. (1992). *La fundamentación del castigo*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BOLDOVA, MIGUEL. (2007). “El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho Penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre”, en BARREIRO, A. y FEIJOO, B. (edit.), *Nuevo Derecho Penal Juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Barcelona: Atelier, pp. 93 – 115.
- BREITTSCHNEIDER, COREY. (2007). “The rights of the guilty. Punishment and Political Legitimacy”, en *Political Theory*, núm. 2 (vol. 35), pp. 175 – 199.
- CID, JOSÉ. (2008) *“La elección del castigo (Suspensión de la pena o probation versus prisión)”*, Barcelona: Inédito, p. 21.
- DUFF, ROBERT. (2003). “Penance, Punishment and the limits of community”, en *Punishment and Society*, núm. 5, pp. 295 – 312.
- FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ Y FALCÓN Y TELLA, FERNANDO. (2005). *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*. Madrid: Marcial Pons.
- GOMEZ RIVERO, MARÍA DEL CARMEN. (2001). “Nueva responsabilidad penal del menor: las leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000”, en *Revista Penal*, núm. 9, 2001, pp. 3 – 26.
- HAMPTON, JEAN. (1995). “The moral education theory of punishment”, en SIMMONS, A., COHEN, M., COHEN, J., BEITZ, C., *“Punishment”*, Princeton: Princeton University Press, pp. 112 – 142.
- HERNÁNDEZ, HÉCTOR. (2007). “El nuevo Derecho Penal de Adolescentes y la necesidad de revisión de su «teoría del delito»”, en *Revista de Derecho*, Valdivia, Vol. 20, núm. 2, pp. 195 – 217.
- KINDHÄUSER, URS. (1999). La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. En D. Luzón y S. Mir, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: McGraw Hill.
- LACRUZ, JUAN MANUEL. (2007). Minoría de edad penal y estructura del delito: especial referencia a la imputabilidad. En Vásquez, C. y Serrano M.D. (edit.), *Derecho Penal Juvenil*. Madrid: Dykinson.
- KUPCHIK, AARON. (2004). “Youthfulness Responsibility and Punishment: Admonishing adolescents in Criminal Court” en *Punishment and Society*, núm. 6, pp. 149 – 173.
- MAÑALICH, JUAN PABLO. (2006). “Pena y Ciudadanía”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm.6, pp.63 – 83.
- (2007). La pena como retribución. *Revista de Estudios Públicos*, núm.108, pp.117 - 205
- MARTÍN CRUZ, ANDRÉS. (2004). *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Granada: Comares.
- MOORE, MICHAEL. (1997). *Placing Blame: A GERAL Theory of Criminal Law*. Oxford: Clarendon Press.
- MUNCIE, JOHN. (2005). “The globalization of crime control –the case of youth and juvenile justice: Neo liberalism, policy convergence and international conventions” en *Theoretical Criminology*, núm. 9, pp. 35 – 64.
- (2006) “Governing young people: Coherence and contradiction in contemporary youth justice”, en *Critical Social Policy*, núm. 26, pp. 770 – 793.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL. (2007). “El sistema de medidas en la ley penal del menor y las alternativas al proceso”, en BARREIRO, A. y FEIJOO, B. (edit.), *Nuevo Derecho Penal Juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Barcelona: Atelier, pp. 67 – 91.
- TUNICK, MARK (1992). *Punishment: Theory and Practice*. Berkeley: University of California Press.

- VASQUEZ, CARLOS. (2005). *“Derecho Penal Juvenil Europeo”*, Madrid: Dykinson.
- (2007). “Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos”, en VÁSQUEZ, C. y SERRANO, M. (Eds.) *“Derecho Penal Juvenil”*, Madrid: Dykinson, pp. 319 – 345.
- VON HIRSCH, A. (1998). *Censurar y castigar*, Barcelona: Trotta.
- (2001). “Proportionate sentences for juveniles. How different than for adults?” en *Punishment and Society*, núm. 3, pp. 221 – 236.