

TESIS MAESTRIA DERECHO PENAL

TITULO: Exigibilidad de una responsabilidad penal respecto del Menor de edad.

ALUMNO: Jorge Fiol

PROFESOR DIRECTOR: Dr. Luciano Laise

2016

INDICE

I. Introducción.....	3
II. Capítulo Primero: El marco del debate respecto de la delincuencia juvenil	8
1. Concepto de Delincuencia Juvenil	8
2. Descripción de las teorías existentes respecto de la delincuencia juvenil	16
a. Teoría de la Asociación Diferencial	16
b. Teoría de las Subculturas Delictivas.....	19
c. Teoría de las Técnicas de Neutralización	22
3. Sistemas de reacción penal del Estado frente a la delincuencia juvenil	27
a. Modelo Penal Indiferenciado	29
b. Modelo Tutelar	36
c. Modelo Educativo.....	43
d. Modelo de Responsabilidad.....	47
e. Situación actual en Latinoamérica	52
III. Capítulo Segundo: La Culpabilidad Penal del Menor de Edad	63
1. La Imputabilidad del Menor de Edad	63
2. La Posibilidad de conocimiento de la Antijuricidad del hecho por parte del Menor de Edad.....	81
3. Ausencia de Causas de Exculpación respecto del Menor de Edad.....	94
IV. Conclusiones	107
V. Bibliografía.....	116

I. Introducción

Sin lugar a dudas que la delincuencia juvenil constituye un importante tema de discusión no solo para la dogmática penal, desde un punto de vista científico, sino que también para el resto de la sociedad o por lo menos para el sector de la sociedad relacionado con las discusiones de orden político criminal, por cuanto constituye una temática que se encuentra en constante exposición a través de los medios de comunicación y, a su vez, está sujeta a una constante referencia dentro de las discusiones políticas criminales, por más que su avance en el tratamiento legislativo pudiese ser más expedito, en comparación con el avance legislativo que caracteriza a otras temáticas que afectan nuestra sociedad.

La importancia de la delincuencia juvenil también se ve reflejada en la multiplicidad de actores y sectores que intervienen en su tratamiento, como también por la creencia social que los delincuentes juveniles tienen a su alcance una alta posibilidad de cambio respecto de su forma de relacionarse con la sociedad y que pueden encauzarse dentro del funcionamiento de una comunidad caracterizada por el cumplimiento de la normativa penal por parte de la mayoría de sus miembros¹.

¹ Véase el artículo de Joachim Walter “Estudios de Reincidencia: Fenómeno a estudiar para el diseño de un sistema de ejecución de la pena juvenil”, en la Revista “*El Observador*” Número 5, Servicio Nacional de Menores, 2009, págs. 27-34. En la introducción de su artículo Joachim Walter sostiene que “estadísticamente, y de acuerdo a todos los estudios criminológicos, el sexo masculino y la edad juvenil son un significativo factor de riesgo para la comisión de delitos, y afecta la reincidencia, después del cumplimiento de una pena en particular”. Agrega el doctor Walter que de los estudios realizados por los autores Dolde y Gröbl, los cuales se refirieron al análisis realizado sobre la reincidencia de los menores de edad que cumplían penas dentro de tres centros penitenciarios juveniles del Estado Federado de Baden-Württemberg, Alemania, se estableció que del total de menores de edad que salían en libertad durante un mismo año, el 56% de ellos regresaba al sistema penitenciario en el lapso de 4-5 años. Véase para un análisis crítico sobre el efecto rehabilitador de las cárceles MATHIESEN, Thomas, *Juicio a la Prisión*, Ediar, Buenos Aires, 2003, pág. 100, quien sostiene que “esta conclusión está ampliamente avalada por una abundante literatura de investigación en terapéutica y una larga serie de estudios profundos, de tipo sociológico, sobre la cárcel como sistema social. No solo podemos decir, con la mayor certeza, que la cárcel no rehabilita, sino que ella de hecho inhabilita”.

Lo cierto es que, por más de la diversidad de opiniones existentes respecto de la resocialización de un menor de edad, existe un consenso relativamente afianzado en la sociedad que los menores no deberían ser sancionados penalmente bajo la misma óptica empleada respecto de las personas adultas, por cuanto en el caso del menor estamos frente a una persona que no se encuentra en las mismas condiciones que un adulto y por ende debería existir un reproche penal distinto en el evento que éste cometiese un delito.

Ahora bien, partiendo desde esta base fundamental, considero que no existe actualmente un consenso mayoritario respecto de la exigibilidad o inexigibilidad de una responsabilidad penal respecto de los menores, toda vez que los altos índices de delincuencia juvenil existentes en los distintos países latinoamericanos como también los magros resultados resocializadores de las sanciones impuestas a éstos, en contraposición con los estudios científicos que demuestran el efecto perjudicial que implica las sanciones penales sobre los menores y la necesidad de establecer parámetros diferenciadores dentro del grupo etario que comprende la denominación menor de edad, generan un constante debate respecto de la efectiva legitimación que el Estado pueda reclamar para sancionarlos penalmente e interferir dentro de su ámbito interno bajo el pretexto de velar por los intereses elementales de nuestra comunidad².

² El constante debate respecto de la punibilidad de las conductas delictivas cometidas por menores constituye una delicada controversia social, porque en definitiva muestra una pugna existencial entre el derecho a castigar por parte del Estado y el respeto de la dignidad humana de los menores de edad. Véase en tal sentido YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los Principios Penales*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, págs. 190-191, quien refiriéndose a los principios penales materiales o configuradores del derecho penal, sostiene que “en toda comunidad aparecen principios que atienden a la realización de fines y bienes comunes. Entre ellos, quizá los más básicos como los de tranquilidad, paz, justicia y seguridad social, son los que el derecho penal se impone alcanzar a través del mantenimiento o restauración del orden jurídico. A este principio cabe denominarlo principio de bien común político. A la vez, como en este tiempo por lo menos nominal y jurídicamente se ha establecido la exigencia de respetar la dignidad de la persona humana dentro del sistema social, está claro que esos fines y bienes comunes deben integrar naturalmente los contenidos más importantes de la existencia humana -derechos fundamentales- en una república constitucional. A su aseguramiento normativo y restauración debe orientarse pues, básicamente, el sistema punitivo, ya que no hay bien común político sin la adecuada atención de la persona. En este caso cabe referirse al principio de dignidad humana”.

Es por ello que éste trabajo tendrá como objetivo primordial intentar responder satisfactoriamente a la pregunta central de ésta investigación, la cual consiste en determinar si ¿se puede exigir una responsabilidad penal al menor de edad que comete un delito? para lo cual desarrollaremos en el capítulo primero, como punto de partida, un análisis respecto del marco del debate que existe actualmente acerca de la delincuencia juvenil, enfocándonos para ello en la concepción dominante a nivel mundial de que es lo que debe entenderse por delincuencia juvenil, las teorías criminológicas más significativas que han intentado explicar las causas de este tipo de delincuencia, un análisis respecto de los sistemas de reacción penal que históricamente han implementado los Estados a objeto de sancionar penalmente a los menores de edad que comenten delitos y por último un análisis de la situación actual en Latinoamérica, concretamente, los modelos de justicia penal juvenil que se encuentran vigentes en Uruguay, Chile y Argentina.

Por su parte, la exigibilidad o no exigibilidad de la responsabilidad penal respecto del menor de edad constituye un tema que debe resolverse, en mi opinión, desde la perspectiva de la culpabilidad penal, por cuanto la realización del injusto penal, entendiéndose como tal a la consideración global compuesta por la presencia de una conducta típica y la ausencia de una causal de justificación, no presenta mayores variaciones desde la perspectiva de un menor de edad y desde la perspectiva de una persona adulta, por ende no pudiendo ser considerado la realización del injusto penal como el elemento exclusivo y determinante a tomarse en consideración para poder responder a la pregunta respecto de la exigibilidad o no exigibilidad de una responsabilidad penal respecto del menor de edad.

Es por ello que esta exigibilidad o no exigibilidad de responsabilidad penal debe ser una cuestión a ser resuelta desde la perspectiva de la culpabilidad penal, considerada ésta como el segundo elemento macro analítico de la teoría del delito, en el sentido de poder determinar si el derecho penal, concebido como un mecanismo

formalizado de control social respetuoso de los derechos y de la dignidad humana, se encuentra en condiciones de hacer exigible una sanción penal al menor de edad que hubiere cometido un delito, en otros términos, se trata de determinar si el menor de edad constituye un sujeto que legítimamente pueda ser objeto de un reproche y de una sanción penal por parte del Estado.

La existencia dentro de nuestra sociedad de un consenso social fundamentado en la necesidad de diferenciar la exigibilidad de responsabilidad penal del menor, en el sentido que no puede ser juzgado bajo el mismo parámetro que una persona adulta, nos conlleva necesariamente a buscar la respuesta a la pregunta de esta exigibilidad dentro de los parámetros relativos a la exigibilidad personal del reproche penal.

En tal sentido el profesor Juan Bustos Ramírez sostiene al efecto que “la teoría del sujeto responsable se basa en el reconocimiento de la autonomía ética de la persona, esto es, que no está bajo la tutela del Estado ni a su servicio. El ser autónomo implica que la persona es siempre capaz, o sea, es titular de derecho, sin perjuicio que su ejercicio sea graduable. Por lo mismo, también es responsable en cuanto es capaz de dar respuestas, que entonces también es graduable”³.

Es por ello que en el capítulo segundo se realizara un análisis de los elementos que conforman la culpabilidad penal, partiendo de la base de la concepción mayoritaria que hace la doctrina penal respecto de ésta, esto es, una concepción puramente normativa de la culpabilidad penal, entendida como juicio de reproche⁴ y

³ BUSTOS, Juan, *Derecho Penal del Niño-Adolescente*, Jurídicas de Santiago, Santiago, 2007, pág. 35.

⁴ La concepción puramente normativa de la culpabilidad penal, fruto de los aportes propuestos por el finalismo dentro del análisis de la teoría del delito, descansa sobre el juicio de reproche que puede hacerse al sujeto que ha cometido un injusto penal, desde el punto de vista de reunir éste las condiciones normativas necesarias para que el Estado pueda sancionarlo penalmente por la realización de un injusto. En tal sentido MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Novena Edición Reimpresión, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2015, pág. 538, sostiene al efecto que “la culpabilidad se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico. Todo el objeto del reproche se encuentra en el injusto y en la culpabilidad quedan solo las condiciones que permiten atribuirlo a su autor”.

conformada por la imputabilidad del sujeto, la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad del hecho y la ausencia de causas de exculpación, a fin de poder determinar si dichos elementos pueden ser considerados dentro del análisis de la culpabilidad del menor de edad y por su parte si los menores de edad pueden responder en base a las mismas exigencias establecidas para las personas adultas o si por el contrario es necesario una interpretación distinta de estas exigencias con el objetivo de fundamentar legítimamente un reproche personal en su contra.

Del análisis que se haga sobre los elementos de la culpabilidad penal del menor de edad, en conjunto con el análisis efectuado respecto del marco del debate que existe actualmente acerca de la delincuencia juvenil, se intentará resolver dentro de las conclusiones del presente trabajo la factibilidad de poder exigir o no una responsabilidad penal al menor que comete un delito penal.

II. Capítulo Primero: El marco del debate respecto de la delincuencia juvenil

1. Concepto de Delincuencia Juvenil

En este epígrafe se hará delimitación del concepto de delincuencia juvenil a fin de establecer el marco objetivo y subjetivo sobre el cual se desarrollarán las líneas de investigación del presente trabajo. Como se puede apreciar la primera delimitación que debe hacerse corresponde al concepto de delincuencia. En tal sentido, una aproximación al concepto de delincuencia lo podemos encontrar en su definición gramatical o lingüística, la cual dentro de sus acepciones, considera a la delincuencia como la “acción de delinquir”⁵. En otras palabras la definición de delincuencia podemos concebirla como el hecho de que una persona comete un delito.

Una vez delimitado dicho concepto, se debe partir sobre la base que al referirnos al concepto de delincuencia, en atención a los objetivos propuestos, nos estamos circunscribiendo a la delimitación del concepto de delincuencia penal, en el sentido de limitarnos a los delitos de naturaleza penal, excluyéndose de esta manera delitos de naturaleza civil o de otras ramas del derecho.

En relación con lo anterior, debemos enfocar nuestros estudios sobre las bases de conductas que cuentan con un reconocimiento expreso en la legislación penal, esto es, delitos en un sentido formal, entendiéndose en tal sentido a las acciones u omisiones voluntarias que se encuentran sancionadas por la legislación penal⁶.

⁵ Real Academia Española. (2014). Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo Tercera Edición. Consultado en: <http://dle.rae.es/?id=C7g5Dyh>

⁶ Existe un consenso doctrinal en definir a los delitos en un sentido formal como una conducta, típica, antijurídica y culpable. También existen definiciones que entregan una concepción bipartita, concibiendo al delito formalmente como un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable. Véase entre otros: MIR PUIG, págs. 138-145; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Segunda Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, págs. 199-218; CURY, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Octava Edición, PUC, Santiago, 2005, págs. 243-247; ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura del Delito*, Primera Edición Reimpresión, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2015, págs. 192-196.

Es por ello que el enfoque de investigación de este trabajo en su aspecto objetivo se referirá exclusivamente a la comisión de conductas sancionadas penalmente por la legislación vigente. Por lo mismo se excluirán del sustrato objetivo del presente trabajo todas aquellas conductas que no son penalmente relevantes, esto es, que no satisfacen los elementos descritos en los tipos penales, por cuanto existen una diversidad de conductas que, a pesar de no satisfacer los elementos descritos en los tipos penales, históricamente han sido incorporadas dentro del estudio y análisis de la delincuencia juvenil, señalándose al efecto que “mientras para ciertos países la delincuencia juvenil es una calificación que se obtiene de aplicar definiciones del código penal cuando esas infracciones son cometidas por menores de edad, en otros la delincuencia juvenil incluye una gran variedad de actos en adición a los que se encuentran enumerados en sus leyes de fondo. De tal suerte, las figuras estadísticas de ciertos países se encuentran artificialmente abultadas en lo que respecta a la delincuencia juvenil, mientras que en otros no refleja esas figuras, sino un limitado número de conductas desviadas”⁷.

Por su parte la segunda delimitación que debe hacerse corresponde con la concreción del concepto juvenil, el cual lo ocuparemos dentro del presente trabajo como un concepto sinónimo al de menor de edad, representando este último término una concepción que podemos catalogarla como una concepción del ser humano primordialmente de carácter social y que posteriormente fue adquiriendo paralelamente una concepción normativa que se encuentra sustentada en la actualidad en tratados internacionales y en las respectivas legislaciones nacionales.

Históricamente el concepto de menor de edad podemos configurarlo como una referencia a aquel ser humano que se encuentra en un proceso de aprendizaje y sociabilización para llegar a convertirse en una persona adulta, esto es, una persona que socialmente es considerada plenamente responsable de sus acciones y

⁷ DAVID, Pedro, *Sociología Criminal Juvenil*, Sexta Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, pág. 69.

que se encuentra facultada para interactuar por si misma (sin la necesidad de asistencia por parte de otra persona) dentro de un determinado contexto social. Evidentemente que nos referimos a conceptos que representaban en sus inicios, y aun en la actualidad, un importante contenido social, por cuanto desaparecen la importancia de éstos si desatendemos el contexto social del cual surgen y del cual adquieren la concreción de su contenido.

A lo largo de la historia del hombre y de su convivencia en contextos sociales, han sido las propias comunidades, por si mismas o por medio de sus representantes, quienes han delimitado las personas que pueden ser consideradas menores de edad y cuáles son los requisitos para que tales personas puedan ser consideradas adultas (por ejemplo realización de rituales de iniciación comunitarios o religiosos, concreción de determinadas tareas, obtención de cierto nivel socio económico).

Dicho lo anterior, nos lleva a colegir necesariamente una concepción social del menor de edad por sobre una concepción biológica o fisiológica, por cuanto podemos concluir que “las visiones o ideas acerca de la infancia constituyen construcciones sociales que se manifiestan en forma desigual teniendo en cuenta múltiples variables de índole social, económica y cultural. Tales construcciones o representaciones definen un estatus concreto y forman parte de un contexto social determinado. Por ello, existen razones más que suficientes para pensar que todas las sociedades, en diferentes tiempos, han tenido una concepción particular al respecto”⁸.

Determinada la caracterización social de la persona considerada menor de edad, es que se puede intentar configurar o darle contenido a las categorías subyacentes que pertenecen a ésta. En efecto, el concepto de menor de edad abarca dos principales subcategorías, por un lado el concepto de niño propiamente tal, que representa la persona en un grado inicial de autonomía y desarrollo personal, quien requiere por tanto de mayores necesidades de cuidado por parte de la comunidad,

⁸ CRIVELLI, Aníbal, *Derecho Penal Juvenil*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pág. 19.

y por otro lado el concepto de adolescente, que representa la persona en un mayor grado de autonomía y desarrollo personal, quien requiere por tanto menores necesidades de cuidado por parte de la comunidad, pero que aún no cumple con los requisitos necesarios para ser considerado socialmente un adulto y por ende siendo considerado como una persona que se encuentra en un proceso de transición entre las categorías de niño propiamente tal y adulto.

Desde el punto de vista normativo debemos mencionar que a nivel internacional la concepción del menor de edad encuentra, en una aproximación preliminar, la concreción de su contenido en un aspecto netamente biológico, esto es, en consideración primordialmente al factor etario de la persona⁹, lo cual si bien podría resultar contradictorio a los planteamientos expuestos anteriormente sobre la concepción social del menor de edad, corresponde a mi juicio, más que a una concepción fundamentada exclusivamente en factores biológicos del ser humano, al cumplimiento de requisitos que son necesarios para el correcto funcionamiento de un Estado de Derecho y la no vulneración del principio de igualdad ante la ley, por cuanto establecer un criterio netamente psicológico o de desarrollo moral de una persona a objeto de poder catalogarla como menor o mayor de edad, con los beneficios e inconvenientes que esta categorización puede ocasionar sobre ésta, podría permitir la aplicación arbitraria por parte de las autoridades administrativas o judiciales de un Estado de soluciones dispares que recayesen sobre personas sujetas a su potestad sancionatoria y que se encontraren en situaciones similares.

Sin perjuicio de lo anterior, en el evento que se quiera seguir considerando la concreción del contenido del menor de edad en base a un factor biológico,

⁹ Como muestra de lo anterior podemos mencionar las disposiciones contenidas en el artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual define como personas menores de edad, “niño” en los términos de la Convención, “a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. En términos similares los artículos 26° del Código Civil Chileno y 25° del Código Civil y Comercial Argentino establecen parámetros etarios idénticos para la delimitación de los menores de edad.

de todas maneras podemos contrarrestar tal afirmación en base al argumento que internacionalmente predomina un consenso social que una persona debe ser considerada menor de edad hasta que no cumpla ciertos años de vida, lo cual nos llevaría de vuelta al punto de predominancia de una concepción social del menor de edad expuesto supra y que debe ser a mi juicio el elemento que sirva de directriz determinante al momento de otorgarle contenido a la concepción normativa vinculante a nivel internacional¹⁰.

Pues bien desde el punto de vista normativo, la piedra angular en materia de minoría de edad la encontramos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de Noviembre del año 1989, la cual establece en su artículo primero que “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

En consecuencia, la normativa internacional primaria en estas materias considera como una persona menor de edad, “niño” en los términos de la Convención, a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de una ley, hubiere alcanzado la mayoría de edad antes de cumplir los dieciocho años.

Las disposiciones de la CDN si bien constituyeron un avance en materias de protección de los menores de edad y reconocimientos de sus derechos humanos, solamente nos permiten establecer un macro concepto de la minoría de edad,

¹⁰ Véase para un análisis en profundo sobre las etapas del desarrollo del ser humano el artículo de María Eugenia Mansilla “Etapas del Desarrollo Humano”, en la Revista “*Investigación en Psicología*” Volumen 3 Número 2, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2000, págs. 105-116. En el desarrollo de su artículo la autora sostiene que “A mediados del siglo XX se logra el consenso científico en cuanto a que el ser humano alcanza su máximo desarrollo a los 18 años en promedio: en lo biológico, logrando la fortaleza física y capacidad reproductora sin riesgos; y, en lo psicológico, adquiriendo las estructuras que permiten el adecuado interactuar dentro del grupo social de los “mayores”. Es decir, teóricamente se puede considerar que existe un punto del desarrollo en que el ser humano logra el pleno desarrollo del potencial humano con que nació; en ese momento, el “mellar” deja de serlo para pasar a ser un “mayor”, capaz de interactuar madura y responsablemente en el conjunto social”.

no existiendo dentro de sus disposiciones referencia alguna respecto de la distinción que existe entre un niño propiamente tal y un adolescente.

Sin perjuicio de lo anterior, podemos encontrar una disposición de la CDN que puede sernos útil al momento de establecer una diferenciación entre niñez y adolescencia en el ámbito penal. En efecto, el artículo 40.3 de la CDN establece que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

- a. El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
- b. Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

En efecto, de la citada disposición de la CDN podemos remarcar el imperativo que establece ésta hacia los Estados partes en su letra a), de establecer un rango mínimo de edad antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, lo cual nos permite demostrar una intención de los Estados partes de hacer una diferenciación en materia de responsabilidad penal aplicable a los menores de edad, excluyéndose de este ámbito a los niños propiamente tal y solamente exigiéndoles responsabilidad penal a los adolescentes.

Dentro del ámbito normativo internacional, también debemos hacer una referencia a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, también conocidas con el nombre de Reglas de Beijing, las cuales fueron adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 28 de Noviembre del año 1985. En efecto las Reglas de Beijing fueron adoptadas con

anterioridad a la CDN y pueden ser consideradas como uno de los cuerpos normativos que anticiparon la implementación de la CDN años más tarde y la política internacional del pleno reconocimiento y respeto de los derechos de los niños.

En lo que a nosotros nos interesa destacar, las Reglas de Beijing establecen una serie de definiciones muy relevantes dentro de sus disposiciones, destacándose al efecto las disposiciones contenidas en su regla 2.2 al disponer que “Para los fines de las presentes Reglas, los Estados Miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos:

1. Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto;
2. Delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate; y
3. Menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito”.

En efecto la importancia de las citadas disposiciones de las Reglas de Beijing radica en brindar conceptos normativos respecto de la delincuencia juvenil, específicamente el concepto de menor en el ámbito penal y el de menor delincuente.

Por último, dentro del ámbito internacional debemos mencionar a las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, también conocidas con el nombre de Reglas de La Habana, las cuales fueron adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 14 de Diciembre del año 1990 y que vienen a complementar los cuerpos normativos internacionales en materia de desarrollo y protección de los derechos de los niños¹¹. En efecto, debemos destacar las disposiciones

¹¹ La Convención sobre los Derechos del Niño, Las Reglas de Beijing y Las Reglas de la Habana, en conjunto con otras normativas internacionales que han sido promulgados en la materia, dentro de las cuales se destacan: las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad); las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio); la Resolución sobre Administración de la justicia de menores del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas;

contenidas en su regla 11 al señalar que “A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes:

- a. Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley;
- b. Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

De la exposición realizada de los tres instrumentos internacionales, para la delimitación del sustrato subjetivo del presente trabajo, delimitaremos el concepto de menor de edad a toda persona que no haya alcanzado los dieciocho años de edad, por cuanto las políticas internacionales dominantes apuntan a circunscribir al menor de edad hasta los dieciocho años, sin olvidar la dualidad necesaria a tomar en consideración a objetos de este trabajo, esto es, la separación entre niño propiamente tal y adolescente.

Habiéndose dicho lo anterior y en concordancia con las formulaciones respecto del sustrato objetivo del presente trabajo, podemos señalar que el sustrato objetivo y subjetivo del presente trabajo, esto es, la concreción del concepto de delincuencia juvenil, dirá relación exclusivamente con las personas que al momento de cometer una conducta calificada como delito por la legislación penal vigente, sean menores de dieciocho años de edad.

y la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, constituyen el denominado “cuerpo normativo internacional en materia de justicia juvenil” y que tienen por objetivo establecer los estándares mínimos que deben adoptar los Estados miembros de la comunidad internacional al momento de juzgar y sancionar penalmente a los menores de edad. Véase para un análisis en profundo sobre los cuerpos normativos que conforman la justicia juvenil en el derecho internacional el artículo de Carlos Pérez Vaquero “La Justicia Juvenil en el Derecho Internacional”, en la Revista “*Derecho y Cambio Social*” Número 36, 2014, disponible en <http://www.derechocambiosocial.com/revista036/INDICE.htm> (acceso el 19-XI-2016).

2. Descripción de las teorías existentes respecto de la delincuencia juvenil

En este epígrafe se hará una revisión de las principales teorías criminológicas existentes a nivel mundial que intentan explicar el fenómeno de la delincuencia juvenil, las cuales tienen en común el hecho de intentar brindar una explicación específica respecto de las causas que determinan a que los menores de edad cometan delitos y todas han tenido el reconocimiento de ser un verdadero aporte a la discusión científica¹².

a. Teoría de la Asociación Diferencial

La teoría de la Asociación Diferencial fue propuesta por Edwin Sutherland, aunque no es una teoría enfocada exclusivamente en la delincuencia juvenil, presenta directrices que son aplicables dentro del ámbito de la delincuencia juvenil.

En efecto, Sutherland postula que el comportamiento delictivo es el resultado de un proceso de aprendizaje delictivo, por el cual una persona inmersa dentro de una comunidad en donde la violación de la norma es una característica fundamental, se relacionará con la sociedad por medio de la violación de la norma, al contrario que lo haría una persona que se encuentra inmersa dentro de una comunidad que se preocupa de respetar la norma como característica fundamental¹³.

La formulación de Sutherland presenta una visión sociológica sobre la criminalidad del ser humano, fundamentándose en los factores externos que conllevan una conducta delictiva por sobre los factores internos de las personas y, como mencionamos, puede ser considerada una de las primeras formulaciones

¹² Resulta necesario señalar de antemano que en el campo de las teorías existentes sobre la delincuencia juvenil existe una diversidad de teorías que intentan explicar las causas de este tipo de comportamiento, por lo mismo en este epígrafe se realizará un breve resumen sobre las teorías existentes que mayor adhesión han tenido dentro de la comunidad criminológica, por cuanto el intento de desarrollar a cabalidad este tema requeriría de un trabajo más extenso que el pretendido realizar en el presente.

¹³ Cfr. SUTHERLAND, Edwin y CRESSEY, Donald, *Criminology*, Tenth Edition, J. B. Lippincott Company, United States of America, 1978, págs. 77-97.

aplicables a los menores de edad, por cuanto éstos se encuentran en una etapa de desarrollo personal caracterizada por el aprendizaje de normas de conducta y de cómo deben relacionarse con el resto de los individuos de la sociedad.

Esta teoría se desarrolla en base a las fundamentaciones de la delincuencia propuestas por el autor y que podemos resumir en los siguientes puntos:

- a) La conducta criminal es producto del aprendizaje.
- b) La conducta criminal es aprendida en interacción a través de un proceso de comunicación.
- c) La parte fundamental del aprendizaje de la conducta criminal ocurre dentro de grupos de contactos caracterizados por una intimidad personal.
- d) Cuando la conducta criminal se aprende, la transmisión incluye: técnicas de ejecución del delito y una dirección específica de motivaciones, actitudes, racionalizaciones y deseos.
- e) La dirección específica de motivaciones y deseos se aprende por medio de definiciones de las normas jurídicas, favorables a su violación o no favorables a la violación.
- f) Una persona deviene delincuente en virtud de un contacto excesivo con definiciones favorables a la violación de la ley, con respecto a definiciones no favorables a su violación (principio de asociación diferencial).
- g) Las asociaciones diferenciales pueden variar en frecuencia, duración, prioridad e intensidad.
- h) El proceso de aprendizaje de la conducta criminal a través de la asociación con pautas de conducta criminal y no criminal envuelve todos los mecanismos que se encuentran implicados en cualquier otro aprendizaje.
- i) Mientras la conducta criminal es una expresión de valores y necesidades genéricas, no es explicada por esas necesidades y valores genéricos, dado que también la conducta no criminal es asimismo expresión de ellos¹⁴.

Como puede apreciarse de las formulaciones expuestas por Sutherland, su teoría de la asociación diferencial es perfectamente aplicable en los menores de edad por cuanto presupone que la delincuencia juvenil sería el producto de un proceso de

¹⁴ Cfr. SUTHERLAND y CRESSEY, págs. 80-82.

aprendizaje delictivo por parte del menor de edad, en donde éste se convierte en delincuente en virtud de un contacto excesivo con definiciones favorables a la violación de la ley con respecto a definiciones no favorables a su violación.

Sin perjuicio de lo anterior, Sutherland sostiene que en este nivel de análisis delictivo no resulta relevante preguntarse porque las personas se encuentran expuestas a un determinado nivel de asociación, por cuanto dicha exposición obedece a una serie de factores de compleja determinación y que el nivel de asociación se encuentra determinado en relación a diversos factores existentes dentro de una comunidad¹⁵.

Ahora bien la teoría propuesta por Sutherland si bien fue un enfoque rupturista al momento de su formulación y permitió demostrar, a juicio de Sutherland, que la inclinación delictiva no tenía por qué estar relacionada con factores de pobreza, por cuanto el aprendizaje delictivo no era exclusivo de las clases sociales pobres sino que podría presentarse en todo tipo de clases sociales, no fue aceptada por la totalidad de la comunidad criminológica, recriminándole entre otras cosas el hecho de no poder responder satisfactoriamente a la interrogante de porque las personas podían cometer ciertos tipos de delitos que no requerían de un proceso de aprendizaje previo (ej. la realización de un homicidio motivado por circunstancias emocionales), como también el hecho de no considerar dentro de su teoría rasgos psicológicos personales de los delincuentes y por último el hecho de que su explicación de la delincuencia carecía de elementos empíricamente comprobables, como por ejemplo el nivel de aprendizaje requerido para convertirse en delincuente, por ende no pudiendo utilizarse su teoría como un criterio generalizador para poder explicar la delincuencia.

¹⁵ Cfr. SUTHERLAND y CRESSEY, pág. 82. Señala el autor a modo de ejemplo que en un barrio en donde existe un alto nivel de delincuencia, es muy probable que un menor de edad sociable, activo y atlético que entre en contacto con los menores delincuentes del barrio vaya a terminar aprendiendo patrones de comportamiento delictivo de éstos y se convierta en un delincuente. Por el contrario ocurrirá que en el mismo barrio exista un menor de edad psicopático que sea introvertido y mientras éste permanezca en casa y no entre en contacto con aquellos menores delincuentes, éste no se convertirá en un delincuente.

b. Teoría de las Subculturas Delictivas

La teoría de las Subculturas Delictivas fue propuesta por Albert Cohen, discípulo del profesor Sutherland, quien si bien compartía los lineamientos propuestos por su maestro y por ende era partidario de una teoría sociológica de la delincuencia que fundamentara ésta como el resultado de un aprendizaje delictivo en comunidad, no podía resolver satisfactoriamente la pregunta de por qué un determinado contenido cultural delictivo se encuentra en determinadas comunidades sociales y en otras no.

Cohen propone como fundamento de la delincuencia juvenil que ésta surge de las propias subculturas delictivas en las cuales se encuentra inmerso el menor de edad, quien no realiza un delito con el afán de satisfacer una finalidad delictiva determinada, sino que por el contrario, realiza un delito para manifestar su rechazo hacia la sociedad y procurar con ello aumentar el reconocimiento de la subcultura a la que pertenece¹⁶.

La fundamentación de Cohen parte de la proposición básica propuesta por el autor de que “toda acción es el resultado de continuados esfuerzos para solucionar problemas de adaptación”¹⁷. Partiendo de la premisa propuesta por Cohen, podemos concluir que el conflicto de adaptación que puede presentar un menor de edad genera un estado de tensión y que dicho estado debe solucionarse por medio de la selección de soluciones que pueden ser consideradas socialmente aceptadas o desviadas.

Es durante el proceso de selección de una solución por parte del menor de edad a sus problemas de adaptación, que intervienen los denominados grupos de referencia¹⁸,

¹⁶ Cfr. TENCA, Adrián, *Causas del Delito y Teoría de la Pena*, Abaco, Buenos Aires, 1997, pág. 98.

¹⁷ COHEN, Albert, *Delinquent Boys. The culture of the gang*, Free Press, Glencoe, 1955, citado por DAVID, pág. 80.

¹⁸ David citando a Cohen, pág. 81, señala que la expresión grupos de referencia “se emplea en dos sentidos. Se usa para significar esos grupos -en el sentido limitado, individuos- cuyas perspectivas asumimos y hacemos nuestras. Es decir, cuyas normas y pautas funcionan para nosotros como criterio para la validez y rectitud de nuestros propios juicios y acciones (...). El término “grupos de referencia” es empleado también para referirse a aquellos conjuntos hacia los cuales miramos para satisfacer las relaciones humanas: aceptación, estado legal, amor, popularidad. Estas relaciones sociales son concebidas como recompensa, si hay conformidad con las expectativas que son institucionalizadas en esos grupos”.

que constituyen un criterio determinante al momento en que éste decida si llevar a cabo una conducta acorde o no a los criterios socialmente dominantes.

La compatibilidad de la selección de la solución del menor de edad en relación con sus grupos de referencias puede originar las siguientes situaciones: a) La selección de la solución es compatible con las expectativas de los grupos de referencia corrientes; b) La selección de la solución no es compatible con las expectativas de los grupos de referencia corrientes pero es compatible con las expectativas de grupos de referencia alternativos; c) El menor de edad no puede seleccionar soluciones compatibles con las expectativas de los grupos de referencias corrientes o alternativos por cuanto ambos grupos de referencia no le ofrecen soluciones a sus necesidades de adaptación, caso en el cual, si existen otras personas en situaciones similares a la suya y existen criterios favorables de interacción entre ellos, es probable el surgimiento de una nueva subcultura, elaborada para la satisfacción de las necesidades de adaptación de los menores que no pueden encontrar soluciones satisfactorias en los otros grupos¹⁹.

En otros términos, la explicación de la delincuencia juvenil propuesta por Cohen tiene relación con un comportamiento reaccionario de los menores de edad que no pueden solucionar satisfactoriamente sus problemas de adaptación con las valoraciones comunes socialmente dominantes. Las valoraciones propuestas por los grupos de referencia corrientes (valoraciones institucionalizadas), como las valoraciones propuestas por los grupos de referencia alternativos (valoraciones alternativas a las institucionalizadas) no son capaces de satisfacer las necesidades de adaptación que presentan estos grupos de menores, quienes optan por llevar a cabo una actitud reaccionaria en contra de las valoraciones comunes de la sociedad y por tanto viéndose en la necesidad de integrarse a subculturas delictivas en donde pueden encontrarse con personas en igualdad de condiciones de inadaptabilidad y de esta manera intentar obtener entre todos ellos soluciones satisfactorias a sus problemas de adaptación.

¹⁹ Cfr. DAVID, pág. 82.

Las propuestas de Cohen si bien fueron aceptadas en su momento y evidentemente supusieron un avance en relación a la teoría de la asociación diferencial propuesta por Sutherland, sin embargo con el tiempo empezaron a sufrir una serie de críticas por parte de la comunidad criminológica.

En primer lugar, se le critica que esta concepción de las subculturas delictivas propuesta por Cohen se fundamenta principalmente en casos de menores de edad pertenecientes a estratos socio económicos bajos, quienes ante la imposibilidad de cumplimiento de los valores propuestos por los miembros de la cultura principal, se ven en la necesidad de satisfacer sus problemas de adaptación de acuerdo a los parámetros ofrecidos por estas subculturas delictivas, evidenciado esto una fundamentación tendencialmente marcada hacia un grupo socio económico específico y por ende no siendo aplicables a los menores pertenecientes a clases medias y altas.

En segundo lugar, se le critica que esta concepción pareciera dar a entender que el menor de edad se encuentra en un estado constante de confrontación entre los valores propios de las subculturas delictivas y los valores propios de la cultura principal, catalogándose al menor de edad de esta manera como una persona que solo piensa en cometer delitos para satisfacer sus necesidades de adaptación, por cuanto los valores de su subcultura solo permitirían comportamientos contrarios a la cultura principal. En tal sentido Matza sostiene que “a decir verdad, el delincuente es accesible para muchas líneas de acción legal y convencional incluso durante periodos de óptimo involucramiento. No solo es accesible sino que, si reflexionamos unos segundos, veremos que concomitantemente con su involucramiento ilegal participa en forma activa en una amplia variedad de actividades convencionales”²⁰.

En síntesis, la formulación propuesta por Cohen si bien permitió un avance en la concepción sociológica de la delincuencia juvenil, tropezó con oposiciones que terminaron objetando su verdadera factibilidad para poder explicar de manera

²⁰ MATZA, David, *Delincuencia y Deriva*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, pág. 73.

generalizada el fenómeno de la delincuencia juvenil. Sin perjuicio de lo anterior, debemos mencionar que la teoría de las subculturas delictivas propuesta por Cohen podemos concebirla como una suerte de piedra angular de una serie de teorías posteriores que centran la explicación de la delincuencia juvenil sobre la base de las subculturas delictivas. Un ejemplo de la influencia de Cohen podemos encontrarlo en el trabajo realizado por los sociólogos norteamericanos Cloward y Ohlin, quienes proponen una teoría denominada “teoría de la oportunidad diferencial”, la cual fundamenta la delincuencia juvenil en la sensación de frustración que tienen los menores de edad integrantes de las subculturas delictivas (jóvenes de clase social baja) por la falta de oportunidades que tienen éstos para poder obtener los resultados exitistas propuestos por la cultura principal²¹.

c. Teoría de las Técnicas de Neutralización

La teoría de las Técnicas de Neutralización fue propuesta por Gresham Sykes y David Matza, quienes no eran partidarios de las teorías de las subculturas delictivas propuestas por Cohen y desarrolladas posteriormente entre otros por Cloward y Ohlin, por cuanto no explicaban satisfactoriamente los verdaderos motivos de la delincuencia juvenil señalando al respecto que “existe una subcultura de quienes cometen delitos, pero no es una subcultura delictiva (...). La subcultura delictiva es la traducción sociológica moderna de los supuestos positivistas sobre la delincuencia y el crimen”²².

²¹ CLOWARD, Richard y OHLIN, Lloyd, *Delinquency and Opportunity. A theory of delinquent gangs*, Free Press, Glencoe, 1960. Cloward y Ohlin, citados por David, pág. 93, sostienen que “la disparidad entre lo que los jóvenes de clase baja son inducidos a querer, y lo que actualmente es ofrecido a los mismos, constituye una fuente de un problema grave de adaptación. Sugerimos que los adolescentes que constituyen las subculturas delictivas han internalizado un énfasis sobre objetivos societarios. Al encontrar limitaciones en los caminos legítimos para conseguir esos objetivos, e incapaces de limitar sus aspiraciones, sufren frustraciones intensas: el resultado es la exploración de alternativas ilegítimas”.

²² MATZA, pág. 77.

En efecto, Matza no adhiere a las fundamentaciones de las teorías de las subculturas delictivas por cuanto considera que dicho planteamiento presenta dogmas similares a los propuestos por la escuela positivista de criminología, en el sentido de diferenciar categóricamente entre menores de edad delincuentes y menores de edad no delincuentes, desconociéndoles a los menores integrantes de las subculturas la posibilidad de elecciones personales sustentadas en el libre albedrío y concibiendo sus conductas desde una retrospectiva evidentemente determinista, en el sentido de catalogarlos como delincuentes por el solo hecho de pertenecer a las denominadas subculturas delictivas.

La fundamentación de la delincuencia juvenil por parte de Matza se sustenta en lo que el autor denomina “técnicas de neutralización”, las que consisten principalmente en el empleo de argumentos por parte de los menores de edad que permiten suspender las valoraciones negativas impuestos por los parámetros sociales dominantes al momento de cometer conductas consideradas ilegales. Estas técnicas de neutralización son incorporadas por el menor de edad dentro de su pensamiento por medio de contactos comunitarios con personas en situaciones similares a las suyas (subcultura) y que confluyen en que el menor de edad se encuentre en una situación de deriva entre la elección de conductas socialmente adecuadas (legales) y conductas socialmente desvaloradas (ilegales) frente a determinadas circunstancias.

Para poder comprender la tesis del autor en esta materia, sugiere que debemos dejar de lado las concepciones positivistas que se tienen sobre la delincuencia y en particular sobre la delincuencia juvenil. Señala Matza al efecto que “todos nosotros tenemos imágenes mentales de diversos estatus sociales; entre ellas, la del joven que delinque. Nuestras concepciones básicas del delincuente juvenil, así como las de otras figuras contemporáneas, impregnan y definen esas imágenes (...). Nuestra imagen de quienes delinquen consiste en los supuestos básicos que nos hacemos respecto de ellos. En la actualidad y durante casi un siglo nuestros

supuestos acerca del delincuente son los de la escuela positivista de criminología (...). Mi propósito al escribir un libro como este es demostrar que las imágenes de la delincuencia que hasta el momento se han trazado no me recuerdan, ni tampoco les recuerdan a muchos otros, los individuos reales que pretenden explicar”²³.

En efecto, la visión propuesta por Matza es definida en sus propios términos como un intento de poder desarrollar una imagen alternativa del delincuente juvenil, pero para ello es necesario dejar de lado los pilares de la criminología positivista, estos son, la primacía del actor criminal por sobre el ordenamiento jurídico penal, la aspiración de sustentar soluciones científicas y deterministas del comportamiento y, por último, la concepción del delincuente como un ser condicionado²⁴.

Una vez sobrepasados estos tres pilares de la criminología positivista, que logran encasillar el supuesto menor que es objeto de estudio, podemos desarrollar una mirada alternativa respecto de la delincuencia juvenil consistente en fundamentarla por el hecho de existir menores de edad que neutralizan las valoraciones morales negativas de la sociedad dominante por medio de criterios aprendidos, tales como la exclusión de la propia responsabilidad, la negación del delito, la sensación de injusticia, la minimización del daño cometido, la falta de oportunidades, entre otras.

En conclusión, la propuesta de Matza tiene el mérito de romper con los criterios anteriormente establecidos en esta materia, desechando la base propuesta por las teorías de las subculturas delictivas, esto es, que el menor de edad criminal se encuentra sujeto a la realización de una conducta delictiva, la que ésta determinada por las luchas valorativas contradictorias que proponen su subcultura y las clases sociales dominantes. Por el contrario, Matza argumenta que existen las denominadas subculturas, pero que éstas representan valoraciones que se encuentran por debajo de la cultura principal (valores subterráneos) y que pueden surgir en el menor de edad o no,

²³ MATZA, págs. 35-36.

²⁴ Cfr. MATZA, págs. 38-51.

dependiendo de las circunstancias del caso en concreto, y es por ello que éste se encuentra a la deriva entre comportarse de acuerdo o en desacuerdo a los patrones socialmente dominantes.

Sostiene Matza que “el delincuente está inmerso causal, intermitente y transitoriamente en un patrón de acción ilegal. Su inversión de afecto en la actividad delictiva basta para aportarle prestigio y satisfacción, pero no alcanza para volverlo más o menos inaccesible a otras líneas de acción (...). No está comprometido con la actividad delictiva ni con la actividad convencional (...). El delincuente existe de manera transitoria en un limbo situado entre la convención y el crimen, respondiendo por turnos a las demandas de ambos, coqueteando ora con una, ora con el otro, pero siempre posponiendo el compromiso y evadiendo la decisión. Así el delincuente está a la deriva entre la acción criminal o delictiva y la acción convencional”²⁵.

Evidentemente que la teoría de las técnicas de neutralización, al igual que las otras teorías mencionadas anteriormente, tropieza con críticas por parte de la comunidad criminológica en su intento de desarrollar una respuesta a la delincuencia juvenil, situación que fue prevista por Matza al señalar que “Al desarrollar una imagen alternativa, debería ser obvio que no todos los delincuentes corresponden al derivante aquí descrito. La hipótesis es que la mayoría de los delincuentes, aunque tal vez no la mayoría de los criminales, se aproximan a ese modelo. La figura del delincuente como derivante se acerca más a la gran mayoría de delincuentes juveniles que no llegan a ser criminales adultos que a la minoría que sí llega a serlo”²⁶.

Dentro de las críticas más profundas que podemos encontrar a la teoría de las técnicas de neutralización, se encuentran las objeciones formuladas por el criminólogo italiano Alessandro Baratta, quien propone que las técnicas de

²⁵ MATZA, pág. 73.

²⁶ MATZA, pág. 74.

neutralización propuestas por Sykes y Matza no representan una concepción que pueda calificarse como alternativa de la delincuencia juvenil, sino que al contrario constituye una mirada correctiva e integradora de la teoría de las subculturas delictivas. Señala Barrata que tanto en la teoría propuesta por Sutherland (asociación diferencial) como en la teoría propuesta por Cohen (subculturas delictivas) podemos encontrar presente el elemento de la justificación de la conducta desviada por parte del adolescente, a pesar de que ninguno desarrolla el tema analíticamente. El verdadero alcance que logran las técnicas de neutralización radica en constituir un elemento esencial de las causas que favorecen a las definiciones que son consideradas favorables a la violación de la normativa legal, pero cuyo aprendizaje por medio de los contactos comunitarios ya es tratado en las teorías de la asociación diferencial y de las subculturas delictivas. La diferencia que podemos encontrar sostiene Baratta consiste en que Sykes y Matza consideran que el adolescente se convierte en delincuente por medio del aprendizaje de estas técnicas de neutralización y no por medio del aprendizaje de valorizaciones morales o culturales que se hayan en oposición con las valorizaciones dominantes de la sociedad²⁷.

²⁷ Cfr. BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, págs. 77-78.

3. Sistemas de reacción penal del Estado frente a la delincuencia juvenil

En este epígrafe se realizará un análisis respecto de los sistemas de reacción penal que han implementado los Estados a fin de sancionar la delincuencia juvenil. Resulta necesario señalar que los sistemas de reacción penal de la delincuencia juvenil, también conocidos con el nombre de modelos de justicia penal juvenil, han experimentado una evolución bastante interesante a lo largo de la historia, pudiendo afirmarse su existencia en la edad moderna de manera prácticamente paralela a los sistemas de responsabilidad penal común o para las personas adultas.

Dentro de los primeros registros en la historia del ser humano que podemos encontrar manifestaciones normativas relativas a la responsabilidad juvenil, podemos mencionar las disposiciones contenidas en el Código de Hammurabi, las cuales esbozaban las primeras normas respecto de la responsabilidad aplicable a los menores de edad por la realización de conductas contrarias a los valores sociales, en concreto dichas normas hacían referencia específicamente a las obligaciones de los hijos para con sus padres y estableciendo las sanciones que habrían de aplicarse en el caso que aquellos incumplieren con sus obligaciones²⁸.

Refiriéndonos a un campo concretamente más relacionado con el derecho penal, podemos encontrar dentro del derecho romano concreciones normativas que pueden considerarse como fundacionales sobre la consideración social de hacer exigibles sanciones a los menores de edad que cometían delitos. En tal sentido, se estableció por primera vez una exclusión de responsabilidad penal a las personas menores de siete años de edad, quienes era catalogados como infantes por el derecho romano, fundamentándose dicha exclusión en el hecho de considerar a los infantes como

²⁸ Cfr. BLANCO, Celia, “Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores”, en Nuria GONZALEZ (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Tomo II*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2006, págs. 85-87.

personas incapaces de responsabilidad penal por los actos delictivos que cometieran, puesto que el ordenamiento jurídico sostenía que no eran capaces de desarrollar un pensamiento criminal a tan temprana edad. Por su parte, las personas que se encontraban comprendidas dentro del rango de siete años hasta la mayoría de edad, sí eran consideradas penalmente responsables por el derecho romano, sin perjuicio de la posibilidad de que el tribunal pudiera aplicar una sanción atenuada en comparación con la sanción aplicable a un adulto por la comisión del mismo delito.

El derecho canónico también se expresó respecto de la responsabilidad penal de los menores de edad, considerando que los menores de siete años de edad debían ser considerados como inimputables de responsabilidad penal, pero que respecto de los menores de edad comprendidos entre los siete y catorce años de edad, ellos sí podían ser considerados como responsables penalmente y su responsabilidad dependía del grado de malicia presente en la comisión del acto delictivo. En caso de aplicarse una sanción penal al menor comprendido en esta franja de edad, se consideraba que debía imponérsele una sanción penal atenuada, en comparación con la sanción aplicable a un adulto por la comisión del mismo delito²⁹.

Como se puede apreciar de los ordenamientos jurídicos expuestos, podemos encontrar evidencia dispersada por los siglos de la historia del hombre que la comunidad social, ya sea de la manera como ésta se encuentre organizada, ha reflexionado sobre la consideración de exigirle cierto grado de responsabilidad a los menores de edad por la comisión de conductas que atentan contra los valores sociales fundamentales sobre los cuales descansa el desarrollo de dicha comunidad.

Habiéndose realizado introductoriamente este pequeño repaso histórico sobre las concepciones iniciales de la exigencia de sanción penal hacia los menores de edad, corresponde a continuación realizar el análisis de los sistemas de reacción penal juvenil que han ido implementándose en la historia moderna del hombre.

²⁹ Cfr. BLANCO, Celia, pág. 87.

a. Modelo Penal Indiferenciado

Este modelo se caracteriza en particular por defender la tesis de que no había un modelo de justicia penal juvenil propiamente tal en el ordenamiento jurídico mundial, puesto que prácticamente no existían normas legales que regularan autónomamente la responsabilidad penal correspondiente a los menores de edad que cometían delitos. En este caso nos referimos a la aplicación concreta de las normas penales de las personas adultas a los menores de edad, estableciéndose por regla general un rango de edad respecto del cual el menor de edad no tenía capacidad penal o criminal, por tanto excluyéndose la posibilidad de ser objeto de una sanción penal y, por otra parte, un rango de edad respecto del cual los menores de edad comprendidos dentro de él eran considerados penalmente como adultos y, por tanto, le eran aplicables las mismas sanciones que a éstos o eventualmente una pena atenuada, en consideración a temáticas relacionadas con el discernimiento y malicia del menor³⁰.

Si bien es correcto afirmar que no nos encontramos en presencia de un modelo de justicia penal juvenil propiamente tal y, por lo mismo, diversos autores encuentran que no se merece realizar una consideración especial respecto de esta etapa inicial, personalmente considero necesario hacer un pequeño análisis de la concepción del menor de edad anterior a la entrada en vigencia de los modelos de justicia penal juvenil propiamente tales y como la evolución de dicha concepción fue cimentando los pilares necesarios para la posterior implementación de estos modelos de justicia penal juvenil.

Durante la Edad Media, las sociedades europeas concebían al padre de familia como la autoridad máxima dentro del núcleo familiar y en calidad de tal se encontraba

³⁰ En este sentido el Código Penal Español de 1822 es un claro ejemplo del modelo penal indiferenciado por cuanto sencillamente establecía una eventual atenuación de la pena correspondiente al delito si este hubiere sido cometido por un menor de edad, aplicándole a éste las mismas penas que a los adultos. A su vez podemos mencionar otros cuerpos normativos que no hacían ninguna consideración de atenuación de la sanción respecto del menor, como ocurría con el Código Penal Francés de 1810, que aplicaba las sanciones penales de las personas adultas a los menores que hubieren cometido un delito.

facultado para tomar las decisiones familiares y ejercer el control completo sobre el aspecto social, económico y físico de su mujer y de sus hijos y en el caso de que estos últimos no obedecieran sus órdenes, podían ser objeto de severos castigos físicos, pudiendo incluso recibir el castigo de la pena de muerte en casos calificados³¹.

A su vez la condición de desarrollo personal del menor de edad durante la Edad Media se encontraba fuertemente influenciada por el sector socioeconómico en donde hubiere nacido, por cuanto la estratificación social por regla general determinaba el camino a seguir durante el desarrollo del resto de su vida.

Como punto de conexión entre los estratos sociales existentes en la época, podemos mencionar que al momento en que un menor de edad se encontraba físicamente capaz de realizar actividades laborales, era introducido de inmediato en el mundo laboral de los adultos, ya fuere con el objetivo de contribuir al sustento económico de la familia o con el objetivo de continuar con el legado familiar, dependiendo de la situación socio económica de la familia del menor de edad.

Un autor fundamental en la visión de los menores de edad durante esta época histórica fue el destacado historiador francés Philippe Aries, quien a través de su obra *L'Enfant et la vie familiale sous l'Ancien régime*, publicada en el año 1960, contribuyó de manera fundamental a entender como era considerado dentro de la sociedad el menor de edad durante la Edad Media. Aries sostuvo que en esta época histórica el menor de edad era considerado como un pequeño adulto y era obligado desde temprana edad a la realización de labores de trabajo, pero que los vínculos emocionales existentes entre ellos y sus familias no eran de vital importancia debido a la alta tasa de mortalidad infantil que existía en esta época³².

Durante el ocaso de la Edad Media y principios de la Edad Moderna las estructuras familiares y el rol de los menores dentro de la sociedad fueron cambiando,

³¹ Cfr. SIEGEL Larry, WELSH Brandon y SENNA Joseph, *Juvenil Delinquency. Theory, Practice and Law*, Ninth Edition, Thomson Wadsworth, United States of America, 2006, pág. 12.

³² Cfr. CRIVELLI, pág. 30.

pasando de ser una sociedad en donde la familia no cumplía un rol relevante en la enseñanza del menor, principalmente por la falta de vínculo emocional con éste, a una sociedad moderna en donde la familia pasó a cumplir un rol más participativo respecto de su enseñanza, surgiendo entonces la concepción social del menor de edad como una persona con necesidades especiales.

El punto inicial de este cambio social se produce a finales del siglo XVII y comienzos del siglo XVIII con el aporte que realizaron pensadores como Rousseau y Locke iniciando el movimiento cultural e intelectual denominado la Ilustración, el cual fue el gran responsable del cambio social que vivieron las familias y que tuvo repercusiones en la manera en como era considerado el menor de edad en la sociedad.

Como resultado de estos cambios la sociedad comienza a considerar a los menores de edad como un grupo más de la sociedad, con sus necesidades particulares, empezando los padres a preocuparse más por las necesidades de sus hijos y a tener una mayor injerencia en su desarrollo personal.

Este cambio en la concepción del menor de edad dentro de la sociedad también se vio influenciado drásticamente por el traspaso de economías comunitarias, fundamentadas principalmente en la realización de actividades agrícolas y extractivas, hacia economías productivas industrializadas.

En efecto, la transformación de las sociedades desde el punto de vista económico genera un impacto profundo en la conformación familiar de aquellos años, pasando los menores de edad a no ser considerados dentro de los ambientes productivos y, por ende, aplazándose su incorporación dentro del ambiente laboral, hasta que alcanzaren la educación necesaria para poder contribuir dentro de las cadenas de producción industrializadas.

Como consecuencia de lo anterior, la concepción de la infancia propiamente tal comienza a presentar una extensión etaria y, por lo mismo, una dependencia económica del núcleo familiar, lo cual no ocurría en las economías comunitarias agrícolas.

Esta modificación del rol del menor en la sociedad, esto es, de una persona que comenzaba a temprana edad a realizar labores productivas, por una persona que se ve relegada de los trabajos de la época, trajo consigo inevitablemente un éxodo de los menores hacia las calles en busca de medios alternativos para poder obtener un sustento económico que le era negado por la sociedad y que no podía otorgar su núcleo familiar.

Es dentro de este contexto social, ya a comienzos del siglo XIX, en donde empiezan a surgir las primeras Escuelas de Corrección o Reformatorios, como consecuencia de la concepción social, principalmente del orden aristocrático, que los menores de edad eran sujetos fácilmente corruptibles y por ello requerían de una educación moral que les permitiera no verse tentados por las inclinaciones delictivas que se encontraban presentes en las grandes ciudades.

Este movimiento aristócrata en beneficio de los menores de edad, fue definido por Anthony Platt como el Movimiento de los Salvadores del Niño, señalando al efecto el autor que “los programas contemporáneos de lucha contra la delincuencia pueden hacerse remontar a las esforzadas reformas de los salvadores del niño, que a fines del siglo pasado contribuyeron a crear instituciones especiales, judiciales y correccionales, para el encasillamiento, el tratamiento y la vigilancia de los jóvenes “inquietantes”. Los orígenes de la “delincuencia” pueden hallarse en los programas e ideas de aquellos reformadores sociales que reconocían la existencia y los portadores de normas delincentes”³³.

Esta concepción aristocrática del menor de edad a principios del siglo XIX, podemos catalogarla como la piedra angular de los movimientos correccionalistas que terminarían por configurar el primer modelo de justicia penal juvenil años más tarde. La concepción dominante de que los menores de edad eran seres vulnerables, susceptibles de guiarse por los malos hábitos o vicios de las grandes ciudades

³³ PLATT, Anthony, *Los “Salvadores del Niño” o La Invención de la Delincuencia*, Tercera Edición, Siglo XXI, Ciudad de México, 1997, pág. 31.

fue sin lugar a dudas el fundamento para este discurso correccional de la época, el cual reclamaba la intervención del Estado sobre aquellos “menores conflictivos”. Esta intervención estatal encontraba su fundamento en la doctrina conocida con el nombre de *parens patria*, según la cual, el Estado tenía el derecho y por ende la obligación moral de intervenir en la corrección de aquellos menores conflictivos, desviados del correcto camino, asumiendo su responsabilidad como un padre de familia, por cuanto el hecho que dichos menores de edad presentaren caracteres conflictivos demostraba que la educación y contención familiar era deficiente y había fracasado.

Como muestra de la plasmación de las ideas de este movimiento aristocrático podemos mencionar la creación de la *Society for the Prevention of Pauperism* en la ciudad de Nueva York (1816), que consistió en la creación por parte de particulares de una sociedad encargada de enseñar valores morales y buenas costumbres a aquellos menores de edad que se encontraban en situación de riesgo social. Esta sociedad civil se encontraba compuesta principalmente por personas con gran influencia económica y política, quienes sostenían que era necesario implementar un control respecto de las actividades atentatorias al desarrollo armónico de los menores como el alcoholismo, la vagancia y la delincuencia juvenil, para que de esta manera éstos no sucumbieran ante los vicios que representaban un grave atentado a las normas morales de la sociedad³⁴.

El trabajo de la *Society for the Prevention of Pauperism* impulsó una profunda preocupación en la sociedad americana respecto de los menores de edad en situación de riesgo social y como tal situación influía en una incipiente delincuencia juvenil, pudiendo mencionarse como obra culmine del trabajo de esta sociedad la creación de la *New York House of Refuge* (1825), que constituyó la versión inicial de lo que conocemos hoy en día como casas de menores, reformatorios o centros correccionales.

³⁴ Véase para un análisis en profundo sobre el desarrollo del movimiento Salvadores del Niño en la sociedad norteamericana durante el siglo XIX la obra citada de Anthony Platt.

Este centro correccional de menores de edad contaba con una administración ejercida en su totalidad por privados y atendía principalmente a menores que ingresaban a sus dependencias por causas de vagancia o de comisión de simples delitos y se quedaban internados hasta que cumpliesen la mayoría de edad, a diferencia de los menores que cometían crímenes o delitos de alta gravedad, quienes ingresaban a la cárcel de adultos³⁵.

Las sociedades europeas también abogaron durante esta época por una mayor preocupación estatal respecto de los menores de edad que se encontraban en situación de riesgo social y como resultado de dicha preocupación social podemos mencionar la creación en Francia de la cárcel de Mettray (1840), la cual puede ser considerada como la primera cárcel occidental para menores de edad y que estaba encargada de recibir a los menores franceses que hubiesen sido condenados por los tribunales de justicia de haber cometido un simple delito o crimen, a los menores de edad inculcados de haber cometido un simple delito o crimen pero que eran absueltos por los tribunales de justicia y a los menores de edad que presentaban una mala conducta social de acuerdo a los parámetros morales dominantes en la sociedad³⁶.

El funcionamiento de la cárcel de Mettray estaba caracterizado por la disciplina y la vida en comunidad que experimentaban los menores de edad, quienes vivían en secciones de la cárcel denominadas “casas”, las cuales estaban a cargo de un supervisor denominado “jefe de familia” y por su asistente denominado “subjefe de familia”, quienes eran las personas responsables de impartirles a los menores de edad las lecciones de trabajos manuales y agrícolas y la educación escolar necesaria.

La concepción de la cárcel de Mettray tuvo como objetivo principal el encauzamiento de la conducta delictiva o inapropiada de los menores de edad que ingresaban a sus dependencias, mediante la implementación de un ambiente familiar

³⁵ Cfr. SIEGEL, WELSH y SENNA, págs. 366-370.

³⁶ Cfr. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*, Segunda Edición, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010, págs. 343-347.

que descansaba en la figura de los jefes de familia y en los subjefes de familia, ya que el pensamiento mayoritario sostenía que la implementación de un régimen familiar a estos menores sería la única solución posible para poder corregirlos de manera satisfactoria, puesto que la gran mayoría de ellos provenían de ambientes familiares con graves deficiencias estructurales o simplemente no tenían un ambiente familiar propiamente tal.

Como puede apreciarse de las evidencias históricas expuestas supra, tanto la sociedad norteamericana como la sociedad europea durante el siglo XIX comenzaron este movimiento social fundamentado en la preocupación por los menores de edad en riesgo social y la corrección moral que debía emplearse por parte del Estado. Esta preocupación por “salvar a los niños” ha sido catalogada en la historia de la infancia moderna como el principio del establecimiento del control social de la infancia, el cual se fundamentaba en la instrucción estatal de la infancia por medio de tres pilares fundamentales, estos son, la escolarización obligatoria del menor, la regulación del trabajo infantil y el control de la delincuencia juvenil³⁷.

En efecto Anthony Platt sostiene al respecto que “el movimiento pro salvación del niño tuvo un impacto significativo durante la época progresiva. No solo idearon los salvadores del niño nuevas instituciones de control social, sino que ayudaron también a centralizar y diversificar el poder del Estado”³⁸.

En consecuencia, este movimiento aristócrata de salvación de los niños, piedra angular del surgimiento de un nuevo tipo de control social infantil, en conjunto con la creación de reformatorios o centros correccionales para los menores de edad con problemas delictivos o conductuales, configuraron la necesidad de establecer un sistema de justicia penal juvenil que estuviera en consonancia con las nuevas tendencias y corrientes sociales, las cuales imploraban por una mayor intervención estatal respecto de los menores que estaban en situación de riesgo social.

³⁷ Cfr. CRIVELLI, pág. 48.

³⁸ PLATT, pág. 30.

b. Modelo Tutelar

El modelo tutelar, también catalogado como modelo paternalista o de la situación irregular, surge a finales del siglo XIX y principios del siglo XX como una consecuencia inevitable de los movimientos sociales y políticos relativas a la infancia durante el transcurso del siglo XIX y que analizamos supra, pudiendo concebirse este modelo, a mi juicio, como la formalización del control estatal que incipientemente ya se implementaba sobre la infancia en situación irregular.

La concepción central del modelo tutelar se caracteriza por la sustracción del menor de edad del ámbito de aplicación del derecho penal común, sustituyéndose por tanto las instituciones penales aplicables a los menores de edad que eran acusados por la comisión de un delito, esto es, los tribunales, el procedimiento, y las sanciones provenientes del derecho penal común, por instituciones especializadas que tuvieran como objetivo la implementación de un tratamiento correccional sobre el menor de edad con el objetivo de reeducarlo para su correcta interacción dentro de la sociedad.

Por su parte el rol que empieza a desempeñar el juez se enmarca dentro de un procedimiento penal con formalidades mucho más flexibles que el procedimiento aplicable a las personas adultas, encontrándose ampliamente facultado para decretar las medidas de protección o sanciones necesarias para la correcta formación del menor de edad que hubiese cometido un delito o que se encontrare en situación de riesgo social, atendiendo a las circunstancias particulares, económicas y familiares del menor de edad y debiendo siempre guiarse por el criterio de un buen padre de familia al momento de imponer alguna medida o sanción en su contra.

Existe consenso en la doctrina especializada en esta materia que la fundación o el inicio del modelo tutelar lo encontramos históricamente en el año 1899 con la dictación de la Illinois Juvenile Court Act en el estado de Illinois,

Estados Unidos, lo que trae como consecuencia la implementación judicial del primer tribunal de menores propiamente tal. Producto de la promulgación de esta normativa legal es que se estableció por primera vez dentro de la cultura occidental un tribunal especializado en el conocimiento y juzgamiento de los delitos cometidos por menores, lo cual hacía evidente a los ojos de la sociedad de la necesidad de conceptualizar a la delincuencia juvenil como un realidad existente dentro de ésta y de establecer instituciones especializadas para enfrentar este problema social.

La implementación de este modelo tutelar influyó a que en países de Europa como en el resto de los Estados Unidos se comenzará a emplear el concepto de menor en situación irregular³⁹ para impulsar la creación de un cuerpo normativo especial que se preocupara de corregir una serie de circunstancias que afectaban el desarrollo armónico de los menores de edad, tales como la delincuencia, la vulnerabilidad económica y la situación de abandono o riesgo social.

Efectivamente a partir de la creación del Tribunal de Menores de Illinois y del surgimiento de estas nuevas corrientes sobre la infancia desvalida o irregular, se fueron implementando a principios del siglo XX en diversos países nuevas legislaciones que velaban por un desarrollo de una política especial frente a la cuestión de los menores en situación irregular y de la responsabilidad penal del menor de edad, lo que influenciará para que posteriormente se empezara a legislar respecto de esta materia en los diversos países de Latinoamérica⁴⁰.

³⁹ El concepto de menor en situación irregular será un concepto nuclear sobre el cual se orientarán diversas políticas públicas sobre los menores de edad en Latinoamérica durante la mayoría del siglo XX. Como concreción doctrinal de este concepto podemos mencionar la definición propuesta por el psiquiatra Carlos Nassar, citado por SBOCCIA, Patricia, *El Problema de los Menores en Situación Irregular*, Jurídica de Chile, Santiago, 1971, pág. 15, quien señalaba que “el menor en situación irregular es todo aquel que por causas personales, síquicas, ambientales o mixtas tiene problemas para su adaptación social o presenta una conducta antisocial, persistente o progresiva, que no puede ser corregida por los medios naturales, sino a través de una protección especial dada por el Estado y la Comunidad”.

⁴⁰ La influencia de estas nuevas corrientes sobre la infancia en situación irregular puede apreciarse por medio de la promulgación de diversas leyes que acogían dichos planteamientos, como sucede por ejemplo en Uruguay en 1911 (Ley sobre Protección de Menores); en Argentina en 1919 (Ley de Patronatos de Menores); en Brasil en 1921 (Ley sobre Menores Delincuentes); y en Chile en 1928 (Ley de Menores).

Resulta necesario señalar que la implementación del modelo tutelar en los diversos países que fueron adoptándolo entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, concebía primordialmente dos maneras sobre las cuales descansaba el conocimiento y juzgamiento de las causas penales de menores de edad.

Por un lado existían modelos tutelares que le entregaban a los tribunales de menores competencia exclusiva sobre las causas penales de menores de edad, siendo ellos por tanto los encargados de la sustanciación del proceso penal y dictar las eventuales medidas de protección y sentencias en el caso en concreto.

Por otra parte existían modelos tutelares que mantenían la competencia original de los tribunales penales ordinarios para conocer de las causas penales de menores, pero que le otorgaban a los tribunales de menores, por mandato expreso de la ley, la comprobación judicial de la existencia de los requisitos exigidos en la materia por la legislación para la dictación de una eventual condena en contra del menor de edad, como por ejemplo la determinación de que el menor de edad hubiere actuado con discernimiento al momento de cometer el delito, para posteriormente encontrarse facultado dicho tribunal ordinario de dictar sentencia condenatoria en la causa, reservándose exclusivamente la competencia de dictar medidas de protección a los tribunales de menores.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la fundamentación inicial del modelo tutelar, esto es, la sustracción del menor de edad del ámbito del derecho penal, por lo menos en lo relativo a las sanciones aplicables, no se fue cumpliendo homogéneamente en los diversos países que implementaron este modelo de justicia, por cuanto la regla general era que los menores de edad continuaban siendo sancionados por los tribunales de justicia en base a las disposiciones del código penal común, eventualmente con una pena atenuada en comparación con las personas adultas, pero de todas maneras cumpliendo sus sanciones en las cárceles comunes, sin perjuicio de establecerse en éstas secciones que solamente albergaban a menores condenados.

La fundamentación ideológica del sistema tutelar descansaba en las corrientes criminológicas de la época, principalmente los postulados de la escuela positivista, que consideraban a los delincuentes como personas que estaban determinadas a cometer delitos por una incapacidad de libre elección de una conducta conforme a la ley, fundamentando dicha determinación en factores biológicos, psicológicos y ambientales, correspondiéndole al Estado la implementación de medidas de neutralización o eliminación de éstos como la principal solución al problema de la delincuencia.

Sin embargo a pesar de esta fundamentación positivista del delincuente, debemos mencionar que el modelo tutelar descansa primordialmente sobre un tratamiento correccional del menor, por cuanto existía cierto consenso social, ya fuere por razones humanitarias, religiosas o de costumbre, que el menor de edad que presentaba tendencias delictuales, si podía ser corregido por medio de la implementación de sanciones que eliminaran su falta de respeto y de moralidad. Sin perjuicio de ello, existían voces contrarias a la real factibilidad de corrección del menor de edad, en tal sentido el criminólogo positivista italiano Raffaele Garófalo sostenía que “la inclinación hacia las acciones violentas o sanguinarias se revela a veces desde la primera infancia, por una serie de violencias, de golpes, de lesiones, las cuales tienen poca importancia, si se quiere, pero que no justifica ninguna provocación. Estos hechos son, ordinariamente, los que nuestras leyes castigan con algunos días o algunos meses de cárcel, y que se repiten a veces con una frecuencia tal, que le parecería inverosímil a quien no hubiese tenido ocasión de conocer los encasillados judiciales de los criminales (...). Muchas veces se trata de un sanguinario que revela súbitamente su instinto por medio de un homicidio brutal, pero que mucho tiempo antes podía haber adivinado su carácter el antropólogo (...). El criminalista, convencido de que se trata de un individuo nacido para el delito,

que será un peligro cada vez mayor para la sociedad, deberá pedir la segregación perpetua o, al menos, indefinida de este joven delincuente”⁴¹.

Como consecuencia de la fundamentación ideológica del modelo tutelar, en conjunto con las motivaciones sociales que propulsaban su implementación, resulta evidente que el modelo tutelar partía de la base que el menor de edad era una persona incapaz, vulnerable emocionalmente, susceptible de malas influencias, imposibilitado de sustraerse por su cuenta de las causas originarias de la delincuencia, por lo mismo el tratamiento jurídico del menor de edad envuelto en un hecho delictivo era visto desde la mirada social y estatal como un objeto que necesitaba protección, situación que se fundamentaba en la aplicación de sanciones sustentadas en la doctrina de *parens patria* como mencionamos anteriormente, o sea, el derecho y la obligación del Estado de corregir a sus hijos que no se encontraban por el camino correcto⁴².

Pero sin lugar a dudas el mayor conflicto que generó la implementación del modelo tutelar, desde el punto de vista de la vulneración de los derechos y garantías constitucionales de los menores de edad, fue la considerable ampliación del ámbito objetivo de aplicación de la ley y por ende de intervención del Estado, por cuanto las diversas legislaciones que implementaron este modelo no solo permitieron la aplicación de sanciones penales a los menores de edad que fuesen declarados culpables de la comisión de un delito, sino que ampliaron la posibilidad de aplicación por parte de los tribunales de justicia de medidas de seguridad, medidas de protección en el léxico de las legislaciones, en contra de los menores de edad que se encontraren en situación de vulnerabilidad o en situación irregular.

⁴¹ GARÓFALO, Raffaele, *La Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión, Reimpresión*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pág. 249.

⁴² Esta consideración del menor de edad como objeto de protección, prácticamente como un bien, se deriva de distintas legislaciones de la época que le conferían a los tribunales facultades para determinar el futuro de los menores por medio de expresiones asimilables al derecho de orden patrimonial como “depositar”, “disponer”, “confiar”, “entregar” y “colocar” entre otras.

Como uno podrá imaginarse, el hecho de ampliar la intervención estatal sobre la infancia desvalida o irregular, generó una intervención estatal arbitraria sobre los menores de edad, por cuanto las legislaciones autorizaban la adopción de medidas de protección, consistentes principalmente en medidas privativas de libertad en centros de menores o correccionales, sobre las bases de presupuestos ambiguos establecidos en la ley que no respondían a criterios de política criminal y que descansaban sobre una mera comprobación por parte del tribunal o a veces solo de la autoridad administrativa, de la concurrencia de factores de vulnerabilidad social.

En tal sentido dicha posibilidad de injerencia estatal permitió una vulneración grosera de los derechos y garantías constitucionales de los menores de edad, por cuanto bajo el pretexto autoritario de “proteger y corregir al menor de edad”, el Estado se atribuía las facultades de disponer del menor de edad arbitrariamente y por el tiempo que fuere necesario para el cumplimiento de tales objetivos⁴³.

En efecto como sostiene Crivelli “esta forma de especificar los supuestos de intervención estatal se desentiende por completo del principio de legalidad penal pues establece respuestas similares tanto para quienes han sido inculcados de la comisión de un hecho ilícito como para aquellos que han sido víctima de los mismos (...). Además contribuye a la propagación de un fenómeno que la doctrina ha denominado “criminalización de la pobreza”, lo que resulta evidente en legislaciones que contemplan esta variable como una de las pautas o circunstancias a tener en cuenta a la hora de verificar la “situación irregular” del menor”⁴⁴.

⁴³ Debemos mencionar sobre este punto que anterior a la aprobación y ratificación de la CDN, y la implementación por parte de los países miembros de las modificaciones necesarias para que sus legislaciones internas fueran compatibles con los contenidos de la CDN, la mayoría de edad legal se obtenía sobre los veinte años, en ciertos países recién a los veintiuno o incluso a los veinticinco años, por ello es que la implementación de medidas de protección de duración indeterminada o que tuvieran como límite de duración el hecho de que el menor en situación irregular cumpliera la mayoría de edad, podía permitir su privación de libertad por una cantidad considerable de años.

⁴⁴ CRIVELLI, pág. 85.

Como mencioné anteriormente, la determinación de la vulnerabilidad social del menor de edad o si éste se encontraba en una situación irregular, obedecía a parámetros demasiado ambiguos, lo que facilitaba la arbitrariedad de la decisión judicial o administrativa, lo que en conjunto con procedimientos carentes de garantías procesales para los menores de edad involucrados y los incentivos económicos situados detrás de las instituciones dedicadas al control y cuidados de estos menores, las cuales por regla general eran de carácter privado y funcionaban de acuerdo a un sistema de subvenciones estatales en base a la cantidad de menores a su cargo, proporcionó una respuesta estatal caracterizada por la privación de libertad como respuesta genérica a los menores de estratos socio económicos bajos que presentaban conflictos de conducta o problemas de adaptación social⁴⁵.

En conclusión, si bien la implementación del modelo tutelar puede considerarse un avance en el desarrollo de un modelo de justicia penal juvenil, en contraposición a los modelos penales indiferenciados, su estructura mantenía, fomentaba y formalizaba un control estatal sobre la infancia vulnerable o en situación irregular, permitiéndose legalmente las vulneraciones por parte del Estado de los derechos y garantías constitucionales de los menores de edad que eran objeto de sus medidas, por cuanto bajo pretexto de proteger y corregir a menores de edad desviados y alegando como muestra de ello, la participación del menor de edad en un hecho delictivo o incluso a veces prescindiendo de ello, se permitía la prolongada privación de libertad de éstos bajo pretexto de constituir ello una mejoría para su bienestar futuro.

⁴⁵ Como ejemplo de la ambigüedad que caracterizaba la determinación del menor en situación irregular, podemos mencionar el artículo 5° del Código de Menores de Guatemala, promulgado en el año 1979, el cual establecía que “se consideran menores en situación irregular, aquellos que sufran o están expuestos a sufrir desviaciones o trastornos en su condición fisiológica, moral o mental y los que se hallen en abandono o peligro”. Por su parte en Chile el artículo 5° del Decreto con Fuerza de Ley N° 20/1412, promulgado en el año 1942, establecía que “para los fines de protección y auxilio que establece el presente decreto orgánico, se entenderá que un menor se encuentra en situación irregular, cuando su adaptación social sufiere alteraciones, se encontrare moral o materialmente abandonado o en peligro de estarlo, o hubiere delinquido, cualesquiera que sea su estado civil”.

c. Modelo Educativo

El modelo educativo, también catalogado como modelo de bienestar, es un modelo de justicia penal juvenil que surge a mediados del siglo XX principalmente en ciertos países europeos⁴⁶, como una consecuencia de las diversas críticas existentes a las prácticas que permitía y fomentaba el modelo tutelar.

Las principales críticas hechas al modelo tutelar por los partidarios del modelo educativo, que terminaron en definitiva por fundamentar este último, decían relación con la excesiva criminalización que hacían las instituciones relacionadas con la administración de la justicia penal juvenil sobre los menores, siendo partidarios éstos por la implementación de una corriente despenalizadora respecto del tratamiento de la delincuencia juvenil, debiendo ésta tener por objetivo principal evitar el contacto de los menores con las instituciones del derecho penal.

En definitiva, la proposición central del modelo educativo consiste en evitar que el menor de edad entre en contacto con las instituciones de justicia penal juvenil, por cuanto dicho contacto tiene a generar una estigmatización sobre su personalidad, contribuyendo esta estigmatización a que el menor continúe cometiendo delitos, debiendo por tanto la justicia penal juvenil privilegiar la implementación de técnicas o medidas extrajudiciales de resolución de conflictos penales en que participen menores por sobre la intervención del menor dentro de un proceso penal⁴⁷.

La proposición del modelo educativo es correlativa y se fundamenta a su vez con las corrientes criminológicas de la época; en materia de delincuencia juvenil, las teorías de las subculturas delictivas (Cohen, Cloward y Ohlin) y las teorías de las

⁴⁶ La real aplicación del modelo educativo de justicia penal juvenil se circunscribe a pocos países (Noruega, Suecia y Dinamarca entre otros), los cuales presentan una estructura social que permite la aplicación de un modelo de estas características. Por tal motivo el modelo educativo pasó prácticamente desapercibido en los países de nuestra región durante el transcurso del siglo XX, quienes han implementado legislativamente solo modelos tutelares y modelos de responsabilidad.

⁴⁷ Cfr. CRIVELLI, pág. 98.

técnicas de neutralización (Sykes y Matza); y en materia de delincuencia general, las teorías del etiquetado o labelling approach (Tannenbaum, Becker y Lemert).

Las teorías del etiquetado o labelling approach constituyen un avance importante e innovador de la criminología moderna en sus intentos por poder determinar las causas del delito y otorgar explicaciones satisfactorias respecto de la delincuencia. La tesis central de estas teorías es que para explicar las causas de la delincuencia debemos enfocarnos respecto de los mecanismos de control social encargados de determinar que personas deben ser consideradas delincuentes y cuáles no, por cuanto estos mecanismos de control social son los creadores de la delincuencia.

En efecto, Tenca refiriéndose a las teorías del etiquetado o labelling approach fundamenta sus postulados en los siguientes términos: “Una conducta solo es delito a partir de que los mecanismos de control así lo determinan. Son ellos los encargados de rotular, de etiquetar a una persona como delincuente. Claro que este proceso no se da de una forma igualitaria. Los mecanismos de control social son selectivos y discriminatorios en esta distribución. De ahí que los rotulados, los etiquetados, en definitiva, los autores de delitos, sean siempre los mismos: aquellos que en la pirámide social ocupan la escala inferior. Pero ello no es todo. Los mecanismos de control social no solo se encargan de rotular a un individuo por primera vez, sino que, además, sistematizan las normas penales de tal forma, que reafirman, en el autor del delito, su carácter de “delincuente”. Hacen que el autor se asuma como tal, lo que devendrá en nuevos delitos, en nuevas detenciones, etcétera. Esto último es lo que técnicamente se denomina “desviación secundaria”. El autor comienza a verse a sí mismo como los demás lo ven a él (self-fulfilling prophecy)”⁴⁸.

En consecuencia, los postulados de la teoría del etiquetado o labelling approach le atribuyen a los mecanismos de control social la función de creación de delincuencia al prohibir la realización de determinadas conductas y de rotular a quienes las hacen.

⁴⁸ TENCA, pág. 100.

Dicha rotulación a su vez genera en la persona del rotulado, en este caso el menor, el convencimiento personal de que es un delincuente y que debe comportarse como tal para satisfacer la función que le corresponde dentro de la estructura social.

Si bien la fundamentación ideológica del modelo educativo constituye un avance en comparación a la fundamentación positivista del modelo tutelar, la consideración del menor de edad en el modelo educativo no presenta mayores variaciones respecto de la consideración que hace el modelo tutelar respecto de éste, por cuanto sigue considerando al menor de edad como una persona vulnerable, incapaz de determinación propia y por ende debiendo ser tratado como un objeto que merece protección por parte del Estado.

Como consecuencia de lo anterior, el modelo educativo mantuvo un amplio ámbito objetivo de aplicación de la ley, permitiendo la intervención estatal sobre aquellos menores de edad que presentaban problemas de vulnerabilidad o se encontraban en situación irregular, por medio de la aplicación de medidas de protección, manteniéndose así una grosera vulneración del principio de legalidad en materia penal, además de la intervención estatal sobre aquellos menores de edad condenados por la comisión de un delito.

Por último el verdadero avance que significó la implementación del modelo educativo, fue la implementación de instituciones y medidas extrajudiciales tendientes a resolver los conflictos penales en que participaban menores de edad, como también los casos de vulnerabilidad social y situación irregular del menor. Esta implementación consistía en la creación de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos y programas de mediación juvenil como medidas alternativas a la sustanciación de un proceso penal formal en contra del menor⁴⁹.

⁴⁹ Cfr. CRIVELLI, pág. 101.

Sin perjuicio de lo anterior, la implementación de estas medidas alternativas a la sustanciación del proceso penal formal en contra del menor de edad, trajo consigo igualmente la generación de externalidades negativas que constituían groseras violaciones a los derechos y garantías constitucionales de los menores. En tal sentido Crivelli señala que “algunos autores ya denunciaban problemas en la aplicación de estos programas, relacionados principalmente con el respeto de las garantías del debido proceso. En efecto, como la mayoría de los programas de interrupción del procedimiento exigían como presupuesto condicionante la confesión o admisión de la acusación por parte del menor, se generaron fuertes críticas acerca de su legitimidad por resultar contrarios al principio de no autoincriminación. Por otra parte, se cuestionó que “bajo el manto del concepto de diversificación” se potenciaba el carácter selectivo del sistema de justicia juvenil, pues a los menores “no problemáticos”, es decir, a los menores integrados socialmente, se les imponían “sanciones recordatorias” en el marco de estos programas, en tanto los menores provenientes de situaciones problemáticas eran sujetos a vigilancia intensa o sanciones de índole represiva”⁵⁰.

En conclusión, la implementación del modelo educativo también podemos considerarlo un avance hacia el establecimiento de un mejor modelo de justicia penal juvenil, pero a pesar de que su fundamentación y ejecución se diferenciaba del modelo tutelar, continuó ejerciendo un control social a la infancia desviada y en situación irregular, generando violaciones a los derechos y garantías constitucionales de los menores de edad no solo en ese ámbito, sino también en la implementación de sus medidas, por cuanto éstas requerían como presupuesto de intervención, la autoincriminación por parte del menor de edad respecto del hecho delictivo⁵¹.

⁵⁰ CRIVELLI, pág. 102.

⁵¹ Dentro de los aspectos positivos de este modelo podemos mencionar la concepción de que era necesario la implementación de medidas extrajudiciales para el tratamiento de menores envueltos en causas penales, situación que estableció un precedente respecto de la manera cómo enfrentar a la delincuencia juvenil.

d. Modelo de Responsabilidad

El modelo de responsabilidad, también catalogado como modelo de justicia o de la protección integral, surge a finales del siglo XX como concreción de una corriente internacional fundamentada en modificar el manejo arbitrario de la infancia que existía por parte de los Estados y la falta de protección integral de los derechos de los menores.

Durante el transcurso del siglo XX y específicamente en sus últimas décadas, el pensamiento social internacional fue concibiendo la necesidad de implementar un modelo de justicia penal juvenil que solucionara las graves falencias que presentaban tanto el modelo tutelar como el modelo educativo, siendo necesario para ello una modificación sustancial de la concepción existente respecto del menor de edad que cometía delitos y del tratamiento que recibía por parte del Estado.

Es por ello que este modelo de justicia penal juvenil parte de una concepción central de abandonar la consideración del menor de edad como un objeto de protección para sostener su condición de sujeto de derecho, pasando a ser considerado como una persona con derechos y obligaciones propias y siéndole exigible un tipo especial de responsabilidad penal de acorde a su condición de persona en proceso de desarrollo.

En consecuencia, este modelo se fundamenta en establecer un modelo de justicia penal juvenil que respete los derechos y garantías constitucionales de los menores, por medio de normas legales que deben cumplir con las siguientes garantías mínimas⁵²:

En primer lugar establecer un rango de edad respecto del cual el menor de edad comprendido en él y que cometa una conducta tipificada como delito por la ley, no podrá ser objeto de sanciones penales por parte del Estado, como tampoco podrá ser objeto de medidas de protección o medidas de seguridad tendientes a su corrección, bajo pretexto de encontrarse en situación de vulnerabilidad o en situación irregular.

⁵² Cfr. BELOFF, Mary, Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar, en la Revista “*Justicia y Derechos del Niño*” Número 1, UNICEF, 1999, págs. 9-21.

En segundo lugar establecer un rango de edad respecto del cual el menor de edad comprendido en él y que cometa una conducta tipificado como delito por la ley, podrá ser objeto de una sanción penal por parte del Estado.

Esta sanción penal solo podrá decretarse por un tribunal de justicia competente, previamente establecido por ley y con anterioridad a la perpetración del hecho, respetándose durante la tramitación del procedimiento todas las garantías constitucionales y legales que sean aplicables a los adultos en los procesos penales y las demás garantías que se establezcan en favor de los menores de edad.

En tercer lugar el establecimiento de un catálogo de sanciones penales específicas que tienden a la resocialización del menor de edad, las que deberán ser ejecutadas por medio de instituciones especializadas en el tratamiento de menores. Por su parte la prohibición de imponer sanciones que atenten contra los derechos humanos y la resocialización del menor de edad (pena de muerte y presidio perpetuo).

Como puede apreciarse de los diversos argumentos expuestos supra, la implementación de un modelo de responsabilidad constituye un paso fundamental e indispensable para el establecimiento de un sistema de justicia penal juvenil que respete plenamente el principio de legalidad en materia penal y el resto de los principios, derechos y garantías aplicables en la sustanciación de un procedimiento penal y en la eventual dictación de una sentencia condenatoria en contra de un menor de edad.

Este modelo ha sido implementado por la mayoría de los países que han legislado sobre la materia en las últimas décadas, adecuando sus normativas internas a las exigencias establecidas en la materia por la CDN y existiendo un consenso mundial en que éste modelo de responsabilidad constituye la manera correcta en cómo debe actuar el Estado frente a los menores de edad que cometen delitos, quienes deben ser considerados en todo momento como sujetos de derechos y ser objeto de políticas públicas que promuevan su desarrollo armónico e integral dentro de nuestra sociedad.

Mencionamos anteriormente que la implementación de este modelo surge como una respuesta a las violaciones de derechos y garantías constitucionales que permitían tanto el modelo tutelar como el modelo educativo respecto de los menores de edad.

Es evidente que estas vulneraciones constitucionales por parte de los Estados terminaron por fundamentar una modificación sustancial en el tratamiento que se les otorgaba a los menores de edad. En este sentido son diversas las sentencias judiciales que sirven de evidencia de las vulneraciones señaladas, pero ninguna generó tanto revuelo doctrinal en el ámbito norteamericano e internacional como la sentencia definitiva pronunciada por el tribunal de menores de Arizona en el caso GAULT, la cual fue dejada sin efecto por la Corte Suprema de Estados Unidos en el año 1967, siendo esta decisión un importante precedente respecto del germen que caracterizaba a la justicia penal juvenil de la época y la necesidad de su reforma estructural⁵³.

⁵³ Gerald Gault era un adolescente de quince años que fue detenido en el estado de Arizona por haber sido inculcado de cometer una serie de llamados telefónicos de carácter obscenos hacia sus vecinos. Ninguno de los oficiales policiales a cargo de la detención notificaron a los padres de Gerald respecto de lo sucedido y ellos solo se enteraron de esta situación a través de un amigo de su hijo que lo vio pasar esposado junto a la policía. Los padres de Gerald no asistieron a la sala de audiencia durante el desarrollo del juicio en su contra, como tampoco asistieron las víctimas de estos llamados telefónicos, no se registraron las declaraciones que se efectuaron durante este juicio y no se le confirió a Gerald el derecho a contar con la defensa de un abogado ni tampoco a realizar alegatos en su defensa. Gerald Gault fue condenado por el Tribunal de Menores de Arizona a la internación por un periodo de seis años en el colegio industrial estatal, por un delito que habiendo sido cometido por un adulto no merecía una pena superior a dos meses de privación de libertad. La Corte Suprema revocó la sentencia definitiva del tribunal de menores de Arizona y declaró inconstitucional el Código Juvenil de Arizona por oponerse a la enmienda número catorce de la Constitución de Estados Unidos, sosteniendo la Corte Suprema que ningún Estado estaba facultado para promulgar ni tampoco aplicar leyes que suprimieran privilegios o inmunidades de los ciudadanos, como tampoco podía permitirse que un ciudadano fuese privado de sus derechos fundamentales sin las debidas garantías procesales, debiendo todo menor de edad que se encontrare sometido a un procedimiento penal tener los mismos derechos que una persona adulta que se encontrare en las mismas condiciones, tales como el derecho a ser notificado respecto del delito que se le imputa, el derecho a defensa en el procedimiento penal, el derecho a ser interrogado en calidad de imputado, el derecho a no ser discriminado arbitrariamente por el tribunal, el derecho a recibir una copia del registro del procedimiento en que interviene y por último el derecho a poder apelar respecto de la sentencia definitiva dictada por el tribunal de menores que lo hubiese condenado.

El punto inicial del modelo de responsabilidad podemos situarlo con la aprobación de la CDN por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de Noviembre del año 1989 y que tuvo por objeto brindarle al menor de edad un reconocimiento jurídico y una protección especial por parte de los Estados. Si bien la CDN no puede ser considerada como el primer instrumento internacional en manifestar esta protección especial que los Estados debían brindarles a los menores, puesto que este tipo de preocupación ya se había manifestado con anterioridad en diversos instrumentos internacionales, como en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños, adoptada por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones en el mes de Septiembre del año 1924, en la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de Noviembre del año 1959 y en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 28 de Noviembre del año 1985, si tuvo la importancia de hacer un llamado de atención a la comunidad internacional respecto del actual manejo arbitrario de la infancia que se cometía en diversos países y plantear una percepción radicalmente nueva respecto de los menores de edad, otorgándole una precisa categoría jurídica dentro de la sociedad y abandonando la posición estatal de protección-represión⁵⁴.

Es así como se puede observar que los países que ratificaron e incorporaron dentro de su ordenamiento jurídico a la CDN han intentado desarrollar importantes cambios respecto de la forma en que son concebidos los menores de edad y de cómo deben estructurarse las políticas públicas concernientes a ellos.

⁵⁴ Si bien la concepción fundamental de este modelo, esto es, la modificación del estatuto jurídico del menor de edad, pudo imponerse internacionalmente a fines del siglo XX y sigue manteniéndose hoy, los fundamentos de esta modificación no fueron homogéneos entre todas las partes intervinientes. En tal sentido mientras la sociedad y doctrina norteamericana reclamaba por un mayor grado de responsabilidad a los menores de edad que cometían conductas tipificadas como delitos por la ley, por el contrario la sociedad y doctrina latinoamericana reclamaba por un tratamiento igualitario a los menores de edad y a las personas adultas sometidas al proceso penal y el respeto de sus garantías. Véase para un mayor análisis sobre el desarrollo de esta fundamentación la obra citada de Aníbal Crivelli.

El cambio trascendental al respecto consistió en la sustitución de la concepción del menor de edad en situación irregular por una concepción del menor de edad como una persona con derechos y garantías, que se encuentra incorporado dentro de una política pública de protección que se encargue de promover el interés superior del niño, siendo este interés la consideración primordial a la cual deberán atender los Estados⁵⁵.

En consecuencia, la implementación de este modelo de responsabilidad, trajo consigo la eliminación de los diversos vicios característicos de los otros modelos, materializándose un modelo de justicia penal juvenil basado en un tipo especial de responsabilidad penal exigible solo a menores que encuadran dentro de un determinado rango etario y que cometen conductas tipificadas como delitos por la legislación, excluyéndose por tanto dentro de su ámbito de aplicación a todos aquellos menores que no cumplan con el rango etario respecto del cual el Estado puede sancionar penalmente como también todas aquellas conductas que no están tipificadas como delito por la ley.

En conclusión, el modelo de responsabilidad o de protección integral ha logrado establecer correctamente, según la opinión mayoritaria de la doctrina especializada, el punto de partida necesario sobre el cual debe desarrollarse un sistema de justicia penal juvenil respetuoso de los derechos y garantías constitucionales de los menores, puesto que implementa un sistema que cuenta con las mismas garantías procesales que el derecho penal de adultos, pero que se caracteriza por una flexibilidad del Estado respecto de la calidad y cantidad de sanciones aplicables al menor de edad que haya cometido una conducta calificada como delito por la legislación penal, debiendo el *ius puniendi* estatal intervenir de manera limitada en la esfera interna del menor de edad y solamente en los casos estrictamente necesarios y siempre con un objetivo de resocialización y reinserción social del menor de edad.

⁵⁵ En tal sentido el artículo 3.1 de la CDN establece en esta materia que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

e. Situación actual en Latinoamérica

Los modelos de justicia penal juvenil aplicados en los países latinoamericanos han experimentado una evolución similar al resto de los países que han implementado estos modelos, solo que caracterizándose como mencioné antes, por el traspaso de un modelo tutelar hacia un modelo de responsabilidad, siendo prácticamente desconocido la existencia de un modelo educativo en este sector del mundo y por ende su nula aplicación durante el siglo XX.

Esta evolución bidimensional de la justicia penal juvenil en nuestro continente podemos concebirla también como una correlación a la implementación de los sistemas de procedimiento penal en la región, por cuanto los países latinoamericanos han experimentado una evolución similar en la implementación de estos sistemas.

En tal sentido, los países de la región han experimentado un cambio profundo, pasando de un sistema procesal penal de carácter inquisitivo, caracterizado por la omnipotencia de la figura del juez penal, encargado de las tareas de investigación, sustanciación y juzgamiento de las causas penales que llegaban a su conocimiento, todo ello con el objeto de llegar a determinar la verdad material o histórica de la causa, a un sistema procesal penal de carácter acusatorio, caracterizado por la separación de las funciones de investigación, sustanciación y juzgamiento que recaían exclusivamente en la figura del juez penal, existiendo ahora una institución pública autónoma, Ministerio Público Fiscal, encargado de llevar adelante las funciones de investigación y el ejercicio de la acción penal pública, acusando al imputado ante el tribunal penal, por otra parte una institución pública autónoma, Ministerio Público de la Defensa o Defensoría Penal Pública, encargado de brindar defensa en juicio a todas aquellas personas que no pueden costearse económicamente los servicios de una defensa privada y por último el tribunal penal, encargado de dirigir la sustanciación y el desarrollo del proceso penal, por medio de la celebración de audiencias públicas y orales,

con el fin de dictar sentencia definitiva en la causa, en base a los planteamientos desarrollados durante el juicio oral por parte del Ministerio Público y de la Defensa, todo ello con el objeto de determinar la verdad procesal o formal de la causa.

Esta evolución sistemática de los procedimientos penales en la región evidentemente debemos considerarla como un catalizador de la evolución de los modelos de justicia penal juvenil implementados en ella, por cuanto la consideración del menor de edad como objeto de protección del estado, punto central del modelo tutelar, condice perfectamente con las características nucleares del proceso inquisitivo, correspondiéndole al omnipotente juez penal decidir sobre el futuro del menor de edad que hubiere cometido un delito o se encontrare en situación irregular.

Por el contrario, la consideración del menor de edad como un sujeto de derecho, punto central del modelo de responsabilidad, condice perfectamente con las características nucleares del proceso acusatorio, correspondiéndole al tribunal penal, de acuerdo a los fundamentos legales y evidencias presentadas por la parte acusadora y por la parte defensora, sancionar penalmente al menor de edad que hubiere cometido una conducta tipificada como delito por la legislación penal.

En consecuencia, la implementación de modelos procesales penales acusatorios en la mayoría de los países de la región, en conjunto con la ratificación de la CDN, generó un panorama de cambios sobre la manera en como los países se relacionaban con los menores acusados de cometer un delito y las sanciones aplicables a éstos⁵⁶.

⁵⁶ Véase para un análisis en profundo sobre el desarrollo de estos nuevos modelos de justicia penal juvenil en los países latinoamericanos el artículo de Mary Beloff “Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)”, en la Revista “*Justicia y Derechos del Niño*” Número 8, UNICEF, 2006, págs. 9-49. En la introducción de su artículo la profesora Beloff sostiene que “El proceso que han seguido los países de América Latina luego de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido caracterizado como un proceso de triple vía. En algunos países la ratificación del mencionado instrumento internacional no ha producido impacto alguno o, en todo caso, ha tenido un impacto político superficial. En otros países se ha llevado a cabo una adecuación meramente formal o eufemística de las normas de derecho interno al instrumento internacional. Finalmente, otros países han realizado -o se encuentran en proceso de- una adecuación sustancial de su orden jurídico interno al instrumento internacional”.

En tal sentido la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la publicación en el año 2011 de su informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” da cuenta de la situación existente a la fecha, señalando al efecto que “La Comisión celebra los avances normativos que muchos Estados han tenido en los últimos años. La Comisión nota que la mayoría de los Estados de la región cuentan con un marco legal especial en materia de justicia juvenil que, en muchos casos, se adecúa a los estándares internacionales sobre la materia. También la Comisión reconoce el esfuerzo de algunos países en adecuar sus prácticas, instituciones e instalaciones relacionadas con la justicia juvenil a los estándares internacionales sobre la materia, sobre todo en aquellos Estados donde los recursos económicos son más escasos. Sin embargo, la Comisión señala su preocupación por las debilidades de los sistemas de justicia juvenil en la región, pese a los avances normativos que se han registrado en muchos países a partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño. De hecho, la Comisión observa que existe una importante distancia entre el discurso normativo de los Estados y la realidad que enfrentan los niños, niñas y adolescentes acusados de haber infringido la ley penal. En este informe, la Comisión analiza cómo, con excepción de algunos pocos ejemplos de buenas prácticas, los sistemas de justicia juvenil del continente se caracterizan por la discriminación, la violencia, la falta de especialización y el abuso de las medidas privativas de libertad”⁵⁷.

En conclusión, si bien existe una noción dominante en los países de la región de establecer un modelo de responsabilidad penal para los menores de edad, no existe una implementación homogénea de éstos, motivo por el cual a continuación se hará un breve análisis sobre los modelos existentes a la fecha en tres países latinoamericanos a fin de poder entregar una pequeña muestra de la situación actual en los países de la región.

⁵⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe “*Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*”, OEA, aprobado por la CIDH con fecha 13 de julio de 2011, párr. 06-07.

En primer lugar Uruguay cuenta actualmente con un modelo de responsabilidad penal que comprende a los mayores de trece años y menores de dieciocho años, quienes para los efectos de la legislación, son considerados adolescentes, en contraposición de los menores de trece años que son considerados niños, según lo dispuesto en el artículo 1° del Código de la Niñez y Adolescencia (CNA).

En efecto el artículo 34° del Código Penal Uruguayo establece que “No es imputable el que ejecuta el hecho antes de haber cumplido la edad de 18 años”, por ende debemos entender que estamos frente a un sistema especial de responsabilidad penal aplicable a los adolescentes exclusivamente.

Por su parte el artículo 69 del CNA establece que “A los efectos de este Código son infracciones a la ley penal:

1. Las acciones u omisiones dolosas consumadas, cometidas en calidad de autor o coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales.
2. Las acciones u omisiones culposas consumadas, cometidas en calidad de autor, coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales, cuando el Juez reúna los elementos de convicción suficientes, fundados exclusivamente en el desarrollo de la personalidad psicosocial del infractor, avalado por un equipo técnico que permita concluir que el adolescente disponía la capacidad cognitiva de las posibles consecuencias de su obrar.
3. La tentativa y complicidad en el delito de hurto, correspondiendo en tal caso la aplicación de medidas socioeducativas no privativas de libertad.
4. La tentativa de infracciones gravísimas a la ley penal.
5. La participación en calidad de cómplice en infracciones gravísimas a la ley penal”.

A su vez el artículo 70° CNA establece una definición importante en esta materia al señalar que “Se denomina adolescente infractor a quien sea declarado responsable por sentencia ejecutoriada, dictada por juez competente, como autor, coautor o cómplice de acciones u omisiones descritas como infracciones a la ley penal”.

Por su parte el Capítulo X del CNA establece diversas normas jurídicas dentro de las cuales se destacan aquellas que tienen relación con los derechos y garantías del procedimiento aplicable (Título I); el régimen procesal (Título II); las medidas socioeducativas⁵⁸ (Título III); principios de la ejecución (Título IV); derechos y deberes durante la ejecución de las medidas socioeducativas (Título V).

Es importante mencionar dentro de las disposiciones del Capítulo X Título I, que el artículo 74° CNA establece los principios que deben respetarse durante la tramitación del procedimiento infraccional, señalándose al efecto en su letra B) que: “Sólo puede ser sometido a proceso especial, regulado por este Código, el adolescente mayor de trece y menor de dieciocho años de edad, imputado de infracción a la ley penal. La responsabilidad del adolescente tendrá lugar a partir de la sentencia definitiva que le atribuya la comisión del hecho constitutivo de infracción a la ley penal. Si se encuentran involucrados niños menores de trece años de edad, se procederá de acuerdo a lo preceptuado en el Capítulo XI, artículos 117° y siguientes de este Código”.

Por su parte el artículo 117° CNA establece que “Siempre que los derechos reconocidos a los niños y adolescentes en este Código sean amenazados o vulnerados, se aplicarán las medidas que dispone este título. De igual forma se aplicarán a los niños que vulneren derechos de terceros”. Por último los artículos 118° al 125° CNA disponen una serie de medidas aplicables en estos casos, cumpliéndose determinados requisitos.

⁵⁸ Las medidas socioeducativas contempladas en el CNA constituyen las sanciones que pueden ser decretadas por el tribunal competente. Estas se dividen en medidas socioeducativas no privativas de libertad y medidas socioeducativas privativas de libertad. Respecto de estas últimas es importante mencionar el límite de duración que establece el artículo 91° CNA al disponer que “La medida de privación de libertad tendrá una duración máxima de cinco años. En ningún caso el adolescente que al llegar a los dieciocho años permanece sujeto a medidas, cumplirá lo que le resta en establecimientos destinados a los adultos. En situaciones de peligrosidad manifiesta, se adoptarán las medidas que fueren compatibles con la seguridad de la población y los propósitos de recuperación del infractor”. A su vez el artículo 85° CNA establece una importante limitación a la potestad punitiva del tribunal al disponer que “El Juez sólo podrá aplicar una de las medidas previstas en este Título o en el siguiente”.

En segundo lugar Chile cuenta actualmente con un modelo de responsabilidad penal que comprende a los mayores de catorce años y menores de dieciocho años, quienes para los efectos de la legislación penal, son considerados adolescentes, según lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 20.084, cuerpo legal que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (LRPA).

En efecto el artículo 10° del Código Penal Chileno establece que “Están exentos de responsabilidad criminal: 2) El menor de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil”, por ende debemos entender que estamos frente a un sistema especial de responsabilidad penal aplicable a los adolescentes exclusivamente.

Por su parte el artículo 1° LRPA establece que “La presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas. En lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales. Tratándose de faltas, sólo serán responsables en conformidad con la presente ley los adolescentes mayores de dieciséis años y exclusivamente tratándose de aquellas tipificadas en los artículos 494 números 1, 4, 5 y 19, sólo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495 número 21, y 496 números 5 y 26, del Código Penal y de las tipificadas en la ley N° 20.000. En los demás casos se estará a lo dispuesto en la ley 19.968”.

La LRPA es un cuerpo normativo específico dentro del ámbito penal chileno que cuenta con determinados artículos y se encuentra dividida en Títulos, destacándose sus disposiciones generales (Título Preliminar); consecuencias de la declaración de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (Título I); procedimiento (Título II); de la ejecución de las sanciones y medidas (Título III).

Respecto del Título I LRPA, el artículo 6° establece las sanciones que puede aplicar el tribunal al adolescente declarado culpable por la comisión de un delito, las cuales son de aplicación sustitutorias a las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias⁵⁹. A su vez el párrafo 5° del Título I LRPA, establece las reglas que debe considerar el tribunal penal al momento de determinar la sanción aplicable al adolescente declarado culpable por la comisión de un delito, destacándose lo dispuesto en estas materias por los artículos 20° y 22° LRPA⁶⁰.

Respecto del tratamiento de la persona menor de catorce años que hubiere cometido un delito, el cual es considerado como niño por la legislación, la LRPA no hace referencia a su tratamiento y debemos remitirnos a la Ley N° 19.968, cuerpo legal que establece los juzgados de familia. El artículo 8° de la Ley N° 19.968 establece los asuntos que son de competencia de los juzgados de familia y el numeral 9) inciso 2° dispone que “Tratándose de hechos punibles cometidos por un niño o niña, el juez de familia procederá de acuerdo a lo prescrito en el artículo 102 N”. Por su parte el artículo 102 N de la Ley N° 19.968 establece que en estos casos el juzgado de familia deberá citar a su padre, madre o a quien lo tenga a su cuidado a una audiencia, para los fines del artículo 234° del Código Civil, el cual permite la imposición por parte del juzgado de familia, de oficio o a petición de parte, de alguna de las medidas cautelares contempladas en el artículo 71° de la Ley N° 19.968.

⁵⁹ Las sanciones contempladas en la LRPA constituyen las sanciones que pueden ser decretadas por el tribunal competente. Estas se dividen en sanciones no privativas de libertad, sanciones privativas de libertad y sanciones mixtas. Respecto de las sanciones privativas de libertad es importante mencionar el límite de duración que establece el artículo 18° LRPA al disponer que “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”.

⁶⁰ El artículo 20° LRPA establece que “Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”. Por su parte el artículo 22° LRPA establece que “Si la sanción calculada en la forma dispuesta en el artículo precedente supera los límites máximos dispuestos en el artículo 18, su extensión definitiva deberá ajustarse a dichos límites”.

Por último Argentina cuenta actualmente con un modelo al cual la mayoría de la doctrina especializada considera que presenta características de modelo tutelar⁶¹, por cuanto si bien establece que se encuentren exentos de responsabilidad penal los menores de dieciséis años, siendo responsables penalmente en principio los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, otorga amplia facultades al tribunal penal para poder disponer del menor no punible que se encuentre en situación irregular.

En efecto el Código Penal Argentino no establece ninguna disposición normativa relativa a la exención de responsabilidad penal del menor de edad, a diferencia de lo dispuesto en el código penal uruguayo y en el código penal chileno, por tanto debiendo entenderse que en Argentina no existe un sistema especial de responsabilidad penal aplicable a los menores de edad exclusivamente sino que por el contrario siéndole aplicable directamente las disposiciones del derecho penal común, sin perjuicio de las normas contenidas en la legislación especial que está vigente.

Respecto de esto último en Argentina se encuentra vigente la Ley N° 22.278, la cual establece un régimen penal de la minoridad, señalando en su artículo 1° que:

“No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación.

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

⁶¹ Véase entre otros: CRIVELLI, págs. 361-363; D'ANTONIO, Daniel, *El Menor ante el Delito*, Tercera Edición, Astrea, Buenos Aires, 2004, págs. 106-113; ZAFFARONI Eugenio, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, Segunda Edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, págs. 186-191.

En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador”.

Por su parte el artículo 2° Ley N° 22.278 establece que:

“Es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1°.

En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4°.

Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador”.

En consecuencia, el sistema argentino formalmente sanciona penalmente a la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años que hubiere cometido un delito, pero permite la posibilidad al tribunal penal de sancionar informalmente a los menores de dieciséis años que hubieren cometido un delito, por medio de la adopción de medidas que estime necesarias con el objetivo de tutelar al menor en situación irregular⁶².

⁶² Respecto de las facultades de disposición que tiene el tribunal penal en estas materias, el artículo 3° Ley N° 22.278 establece que “La disposición determinará: a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea conveniente respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio; b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor; c) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere. La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad”.

Por último respecto del menor punible en términos de la Ley N° 22.278, su artículo 4° establece los requisitos que debe comprobar el tribunal para poder imponer una sanción penal en su contra, la cual consiste en una privación de libertad similar a la aplicable a los adultos, señalando que: “La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos:

1. Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.
2. Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad.
3. Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad⁶³.

Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.

Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso segundo”.

En conclusión, en Argentina existe actualmente un modelo de justicia penal juvenil que podríamos calificar como un modelo tutelar, por cuanto el derecho penal sustantivo aplicable en esta materia (Ley N° 22.278) presenta tales características, sin perjuicio de los esfuerzos legislativos que se han implementado por adecuar las normativas procesales aplicables en la materia a los estándares internacionales.

⁶³ Respecto del requisito exigido en este numeral, una vez promulgada en el año 2009 la Ley N° 26.579, que estableció la mayoría de edad a los dieciocho años, su cumplimiento se ha visto seriamente dificultado respecto de los mayores de diecisiete años que hubieren cometido un delito. En tal sentido los tribunales han debido hacer interpretaciones bastante diversas para su cumplimiento y amparándose en la facultad que les otorga el artículo 8° Ley N° 22.278, el cual establece que “Si el proceso por delito cometido por un menor de dieciocho (18) años comenzare o se reanudare después que el imputado hubiere alcanzado esta edad, el requisito del inciso 3° del artículo 4° se cumplirá en cuanto fuere posible, debiéndose complementarlo con una amplia información sobre su conducta. Si el imputado fuere ya mayor de edad, esta información suplirá el tratamiento a que debió haber sido sometido”.

En tal sentido Crivelli sostiene que “La situación es insólita si se compara el proceso de transformación producido en los ámbitos nacional y provincial, pues la vergonzosa morosidad legislativa a nivel federal se contrapone con el fuerte avance de las provincias en cuanto a la adecuación de su normativa a la CIDN. Es sabido que éstas carecen de facultades legislativas en materia penal, por lo que su actividad ha tenido que circunscribirse a las normas que reglamentan el sistema de enjuiciamiento (proceso penal juvenil). Ahora bien, es difícil y hasta cierto punto absurdo imaginar un proceso penal cuya finalidad mediata consiste en aplicar la ley penal sustantiva, si esa ley no existe o, mejor dicho, si resulta absolutamente ilegítima desde el punto de vista constitucional (...). De todas formas, es preciso reconocer que el Régimen Penal de la Minoridad se encuentra situado en una especie de callejón sin salida. En efecto, la evidente y declarada invalidez de sus preceptos ha terminado desdibujando tanto sus presupuestos de intervención como el confuso sistema de sanciones y consecuencias jurídicas que contiene. Este desbarajuste normativo ha generado, por otra parte, un vacío legal difícil de cubrir que entorpece su correcta interpretación y aplicación. A este cuadro se añade la reciente entrada en vigor de normas civiles relacionadas con la mayoría de edad; la definitiva abrogación del patronato del Estado; su reemplazo por una ley de protección integral de la niñez-adolescencia (ley 26.061) y demás derechos consagrados en los instrumentos internacionales, que han provocado situaciones de contradicción e incompatibilidad normativa insuperables, colocando a los jueces en la necesidad de elaborar interpretaciones pretorianas que exceden su función propiamente jurisdiccional. Ello, sin perjuicio de las recomendaciones e informes emitidos por los organismos que conforman el sistema interamericano de protección que, en más de una ocasión, han exhortado al Estado argentino a adecuar su legislación a tales lineamientos”⁶⁴.

⁶⁴ CRIVELLI, págs. 244-245.

III. Capítulo Segundo: La Culpabilidad Penal del Menor de Edad

1. La Imputabilidad del Menor de Edad

La imputabilidad del menor de edad ha sido por lejos el tema más desarrollado por la doctrina respecto de la culpabilidad penal del menor de edad, por cuanto históricamente siempre ha existido una tendencia a catalogar al menor de edad que comete un delito como una persona inimputable y por ende la falta de sanción penal que le corresponde o eventualmente una sanción penal atenuada en comparación con un adulto, se explica por la falta de capacidad que tiene de poder comprender la antijuricidad del hecho o de poder determinarse conforme a dicha comprensión.

Para poder desarrollar este tema, debemos empezar por establecer un marco conceptual respecto de la imputabilidad penal, para así poder determinar en concreto que personas pueden ser catalogadas como imputables y que personas pueden ser catalogadas como inimputables. En tal sentido existe consenso en la doctrina penal, no exenta de discusiones y de diversas posturas al respecto, en concebir a la imputabilidad penal como la capacidad del sujeto para comprender la antijuridicidad del hecho y poder determinarse conforme a dicha comprensión⁶⁵.

En tal sentido Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que “El delito requiere determinada capacidad psíquica del agente cada vez que en uno de sus niveles analíticos se demanda la presencia de un aspecto o contenido subjetivo: es necesaria cierta capacidad psíquica para que haya conducta o, lo que es lo mismo, hay una incapacidad psíquica tan profunda que elimina directamente la conducta (involuntabilidad); también el dolo puede faltar a causa de una incapacidad psíquica del sujeto para reconocer los elementos requeridos para configurar la finalidad típica, lo que genera un

⁶⁵ Véase entre otros: CRIVELLI, págs. 163-164; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, págs. 689-696; BACIGALUPO, págs. 446-447; CURY, págs. 409-410; D’ALESSIO, Andrés (director), *Código Penal Comentado y Anotado Parte General*, La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 207-210.

error de tipo psíquicamente condicionado; y, por último, la culpabilidad exige capacidad psíquica de culpabilidad o imputabilidad, con lo que se completa el panorama general de la capacidad psíquica de delito (...). Conforme a lo expuesto, la capacidad psíquica de delito abarca la voluntabilidad, la capacidad psíquica de dolo y la capacidad psíquica de culpabilidad. Esta última es la capacidad del actor para responder a la exigencia de que comprenda la antijuridicidad y de que adecúe su conducta a esta comprensión. Por lo tanto, la capacidad psíquica de culpabilidad es una condición del autor, en tanto que la imputabilidad sería la característica que esa condición le agrega a su conducta típica y antijurídica (...). Que la imputabilidad es una característica del acto que proviene de una capacidad del sujeto, es algo que se pone claramente de manifiesto por la circunstancia de que a una persona puede serle imputable un injusto y no otro. Un débil mental puede tener capacidad de pensamiento abstracto para comprender la antijuridicidad de un homicidio, que no demanda gran nivel de abstracción, pero no tenerla para comprender el contenido injusto de ciertos delitos económicos que exigen, por lo general, una capacidad de pensamiento abstracto de mayor alcance (...). La capacidad psíquica de culpabilidad importa la de ser sujeto del requerimiento o exigencia de comprensión de la antijuridicidad, pero no se agota en ella, puesto que también es necesario que el autor tenga la capacidad psíquica necesaria para adecuar su conducta a esta comprensión. Es posible que haya una perfecta capacidad de comprensión de la antijuridicidad -e incluso efectiva comprensión de ella- y, no obstante, el agente no tenga capacidad psíquica para adaptar la conducta a esa comprensión, como sucede en los múltiples casos de fobias severas”⁶⁶.

Concluyen los autores al señalar que “la imputabilidad es la ausencia de impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuridicidad y para la adecuación de la conducta conforme a esa comprensión”⁶⁷.

⁶⁶ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, págs. 689-690.

⁶⁷ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, pág. 696.

Como se puede apreciar de lo expuesto supra, cuando nos referimos a que una persona es imputable, estamos haciendo referencia a que ésta se encuentra en condiciones psíquicas suficientes para poder comprender que una determinada conducta es contraria a derecho y adecuar su conducta de acuerdo a dicha concepción⁶⁸.

En este caso cuando la persona comprende que la realización de cierta conducta, por ejemplo, efectuar un disparo en el pecho de otra persona, es contraria a derecho, y a pesar de tener dicha comprensión, realiza voluntariamente la conducta prohibida por la norma penal, no encontrándose determinado por ninguna causa psíquica que elimine o reduzca considerablemente su ámbito de autodeterminación, estamos frente a personas penalmente imputables, por cuanto tienen la capacidad para poder comprender la antijuricidad de un determinado hecho y determinarse voluntariamente a la realización de éste. Por ello es que de lo anterior “surge claramente que el reproche de culpabilidad requiere no sólo que el sujeto tenga la capacidad psíquica que le permita la comprensión de la antijuricidad sino también que esa capacidad psíquica tenga un grado tal que permita hacerle exigible la adecuación de la conducta a la comprensión de la valoración jurídica”⁶⁹.

Por su parte es conteste la posición en la doctrina, al igual que lo dispuesto en las distintas legislaciones, que esta falta de capacidad de comprensión de la antijuricidad del hecho o de poder determinarse conforme a dicha comprensión, debe estar presente en el sujeto al momento de la realización de la conducta prohibida por la norma penal, para que éste pueda ser considerado inimputable por el tribunal penal⁷⁰.

⁶⁸ En un sentido similar ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, págs. 744-745, sostienen al respecto que “La capacidad psíquica para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuricidad, que presupone la capacidad para comprender la antijuricidad, configura con esta última, la imputabilidad o capacidad psíquica de culpabilidad”.

⁶⁹ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, págs. 761-762.

⁷⁰ Véase entre otros: ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, págs. 703-707; CURY, págs. 412-413; BACIGALUPO, págs. 456-459; D’ALESSIO, págs. 210-214.

En el ámbito de los menores de edad, como mencioné anteriormente, ha existido históricamente un consenso doctrinal, en parte también por las disposiciones legales en la materia, en considerar a los menores de edad como personas inimputables, por cuanto su falta de desarrollo mental le impide comprender la antijuricidad del hecho o poder determinarse de acuerdo a dicha comprensión⁷¹.

La verdad es que esta posición, a mi juicio, presenta un argumento respetable a la hora de analizarlo en concreto, por cuanto evidentemente que el menor se encuentra dentro de un proceso constante y complejo de aprendizaje de conductas sociales y por tanto mientras éste no interiorice completamente dicho aprendizaje no sería posible reprocharle penalmente la realización de una conducta tipificada como delito⁷².

⁷¹ Esta posición al respecto del menor de edad que comete un delito podemos definirla como la posición clásica en el derecho penal, la cual como vimos al principio del análisis de los modelos de justicia penal juvenil, presente antecedentes históricos que incluso se remontan al derecho penal romano.

⁷² En tal sentido es bastante amplia la creación científica en la materia, por cuanto ha sido un tema tratado en la mayoría de los manuales y tratados de derecho penal. Como ejemplo de esta posición podemos mencionar lo dispuesto por Enrique Cury, pág. 429, al referirse al tratamiento que hacía el Código Penal Chileno anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084 (LRPA), el cual establecía la inimputabilidad absoluta del menor de dieciséis años y la inimputabilidad relativa del mayor de dieciséis y menor de dieciocho años, dependiendo esta última a la acreditación judicial que el mayor de dieciséis y menor de dieciocho años hubiere obrado o no con discernimiento, señalando al efecto el autor que “la ley consagra la inimputabilidad del menor porque, a causa de su corta edad, de su educación todavía incompleta y de los procesos psíquicos perturbadores que acompañan al crecimiento, no posee un dominio cabal de su voluntad, la cual se forma de manera defectuosa, de modo que no es posible dirigirle un reproche personal por su conducta”. En sentido similar Enrique Bacigalupo, pág. 448, refiriéndose al tratamiento que hacía el Código Penal Español anterior a la entrada en vigencia de la LO 5/2000 (Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores), el cual establecía la inimputabilidad absoluta del menor de dieciocho años, señalaba al efecto el autor que “Los códigos penales excluyen de forma genérica la responsabilidad de los menores de cierta edad. En el español esta exclusión se establece para los menores de dieciocho años en el art. 19. En realidad, la exclusión de la responsabilidad de los menores de cierta edad se apoya en la presunción *juris et de jure* de que aún no han alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo con su comprensión del derecho”. Sin embargo el autor pareciera dar a entender que no comparte en su totalidad dicha presunción, señalando al efecto que “Por este motivo tal vez debería tratarse esta circunstancia fuera del capítulo correspondiente a las causas que excluyen la capacidad de motivación. La mayor parte de los menores de dieciocho años tienen ya capacidad para comportarse de acuerdo con su comprensión de la desaprobación jurídico penal del hecho; por esta razón, la edad menor de dieciocho años se debería considerar como una excepción personal al régimen del derecho penal común”.

Como correlato de esta posición clásica en el derecho penal, constituyó una práctica común que diversas legislaciones penales establecieran las denominadas franjas de inimputabilidad del menor de edad, distinguiéndose al efecto entre la franja de inimputabilidad absoluta y la franja de inimputabilidad relativa, pudiendo sancionarse penalmente a los menores comprendidas en esta última, si a juicio del tribunal, éstos hubieren actuado con discernimiento al momento de la comisión del delito.

Esta posibilidad de sancionar penalmente al menor comprendido dentro de la franja de inimputabilidad relativa⁷³ evidentemente genera una ventana de imputabilidad, por cuanto ésta se encuentra supeditada a la demostración judicial que el menor obro con discernimiento al momento de la comisión del delito, estableciéndose así una modificación respecto de la estructura común de la imputabilidad penal de las personas, por cuanto el derecho penal parte de la base que el común de las personas adultas son imputables y que la inimputabilidad debe ser demostrada y acreditada en juicio, en cambio, en el caso de los menores de edad, parte de la base que éstos son inimputables y que la imputabilidad debe ser demostrada y acreditada en juicio, debiendo por tanto catalogarse como imputable al menor de edad en el caso en concreto para poder ser objeto de reproche penal, exclusivamente en base a la determinación judicial de que éste obro con discernimiento al momento de la comisión del delito.

⁷³ La franja de inimputabilidad relativa de los menores de edad dependía exclusivamente de la ley penal y por regla general abarcaba a los menores comprendidos entre los catorce años y los veinte años. En el caso de Chile la evolución de esta franja etaria presente constantes variaciones a lo largo de los años, al igual que el resto de los países de la región, pudiendo señalarse que en el año 1875 el Código Penal Chileno comprendía dentro de esta franja de inimputabilidad relativa a los mayores de diez y menores de dieciséis años. Posteriormente en el año 1928, producto de las modificaciones introducidas al Código Penal Chileno por la promulgación de la Ley N° 4.447 (Ley de Menores), éste paso a comprender dentro de la franja de inimputabilidad relativa a los mayores de dieciséis y menores de veinte años. Por último en el año 1953, producto de las modificaciones introducidas al Código Penal Chileno por la promulgación de la Ley N° 11.183, éste paso a comprender dentro de la franja de inimputabilidad relativa a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años. Esta última franja de inimputabilidad relativa estaría vigente dentro del ordenamiento penal chileno por los próximos cincuenta años hasta la promulgación de la Ley N° 20.084 que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente.

La determinación judicial del discernimiento a su vez constituyó un tema a tratar de relevante consideración, por cuanto no presenta directrices concretas en las legislaciones penales y la concreción de su contenido ha debido ir construyéndose por medio de la opinión de la doctrina y de la jurisprudencia.

En tal sentido Enrique Cury, trayendo a colación la discusión que ha existido en el ámbito chileno respecto del tema, sostiene que “lo que ha de entenderse por discernimiento es objeto de discusión, y ha generado, además, un cierto divorcio entre doctrina y práctica, que subsiste hasta el presente. La opinión que prevalece en la literatura sostiene que el discernimiento equivale a la capacidad de comprender lo injusto y autodeterminarse según esa comprensión. La falta de discernimiento, por consiguiente, corresponde, según este criterio, a la privación total de razón; junto con ésta, constituyen las especies del género inimputabilidad. Esto no es rigurosamente exacto, porque la expresión discernimiento tiene, en realidad, un significado intelectual muy marcado, de manera que se refiere concretamente a la aptitud para distinguir lo justo de lo injusto. Lo que sucede es que si no se cuenta con esa capacidad, tampoco será posible autodeterminarse conforme al sentido de los mandatos y prohibiciones. Sólo se puede esperar una decisión de voluntad adecuada al derecho de quien cuenta con la posibilidad de comprender lo que éste dispone”⁷⁴.

Concluye el autor señalando que en la práctica la jurisprudencia ha sido divagante respecto de la concreción del término discernimiento, concibiéndolo en ciertas ocasiones como un sinónimo a la peligrosidad del menor y otras como el nivel de desarrollo o madurez mental indispensable para que éste pueda adquirir la conciencia de la punibilidad del hecho que se ejecuta, siendo esta última concreción la adecuada a su juicio, debiendo por tanto entenderse como la capacidad de comprender el significado jurídico de la propia conducta, de distinguir lo justo de lo injusto⁷⁵.

⁷⁴ CURY, págs. 430-431.

⁷⁵ Cfr. CURY, págs. 431-432.

La posición contraria a la de considerar al menor de edad que comete un delito como una persona inimputable, la cual podríamos catalogarla como posición moderna, es considerar al menor de edad como una persona imputable penalmente, pero que históricamente las legislaciones penales lo han excluido de su ámbito personal de aplicación por criterios de política criminal, en otros términos, considera al menor de edad como una persona que cuenta con capacidad para comprender la antijuricidad del hecho y poder determinarse conforme a dicha comprensión, pero que se encuentra exento de responsabilidad penal común por decisión del legislador y por ende no siendo punible por parte del Estado de acuerdo a las instituciones y normativas aplicables a las personas mayores de edad que cometen un delito⁷⁶.

En tal sentido Claus Roxin, refiriéndose al tratamiento que hace el derecho penal alemán en estas materias, sostiene que “Los niños, es decir, las personas que al cometer el hecho aún no tienen catorce años, son inimputables, según el § 19. Según la opinión general se trata de una presunción irrefutable de inimputabilidad, que Lange denomina “una gran ficción”. Lo correcto es estimar que se trata de una regulación de la exclusión de la responsabilidad que puede basarse bien en que el niño todavía no era normativamente asequible o bien en que no existe ninguna necesidad preventiva de punición. La experiencia de la vida enseña que los niños mayores la mayoría de las veces saben perfectamente que romper a pedradas cristales de ventana, hurtar, etc., no está permitido. A menudo los niños están también del todo en situación de poderse motivar por esas prohibiciones, de modo que la culpabilidad en

⁷⁶ Respecto del grado de capacidad con que cuenta el menor de edad para comprender la antijuricidad del hecho y poder determinarse conforme a dicha comprensión, existe una diversidad de opiniones en la doctrina, existiendo opiniones que consideran al menor de edad con una capacidad similar al de una persona adulta y otras que consideran al menor de edad con una capacidad menor o disminuida en comparación con una persona adulta. Por su parte las fundamentaciones de la exclusión del menor de edad del derecho penal son de diversa índole, existiendo fundamentaciones de tipo religioso, social, falta de función preventiva de la pena, falta de conmoción social del delito, contraindicación de la imposición de la pena al menor por producir alteraciones psicológicas o psiquiátricas en éste entre otras.

sí habría de afirmarse. Pero como los hechos de los niños no conmueven a los ojos de los adultos la conciencia jurídica colectiva, y como la imposición de sanciones criminales contra los niños está preventivo especialmente contraindicada, el legislador ha excluido con razón la responsabilidad”⁷⁷.

De la postura expuesta por Roxin sobre la materia podemos concluir que el profesor alemán comparte la exclusión de responsabilidad penal común de los niños, menores de catorce años según la legislación penal alemana, fundamentada en razones distintas de la consideración del niño que comete delitos como una persona inimputable.

Respecto de la responsabilidad penal exigible a los adolescentes, mayores de catorce y menores de dieciocho según la legislación alemana, Roxin no toma una postura clara respecto de la decisión del legislador alemán de exigirle responsabilidad penal común por la comisión de un delito pero pareciera que la admite en cierta medida.

Es importante señalar que Roxin al referirse a la culpabilidad penal, desarrolla una concepción de culpabilidad inmersa dentro de un macro concepto de responsabilidad penal, que implica no solo la comprobación judicial de los elementos de la culpabilidad penal (imputabilidad, posibilidad de conocimiento de la antijuricidad del hecho y la ausencia de causas de exculpación) sino también la necesidad preventiva de la sanción penal, esta última debiendo deducirse de la legislación penal⁷⁸.

Es por ello que cuando Roxin se refiere a la responsabilidad penal de los menores de edad, su postura se concibe desde la óptica personal de la macro concepción de responsabilidad penal, por ende, apoyando la exclusión de los niños del derecho penal común en función de falta de necesidad preventiva de la sanción penal por los delitos que éstos puedan cometer, pero avalando en cierta medida una exigibilidad de sanción penal respecto de los adolescentes que cometen delitos, en este último caso por existir un grado de necesidad de función preventiva de la pena.

⁷⁷ ROXIN, págs. 847-848.

⁷⁸ Cfr. ROXIN. pág. 792.

Por su parte dentro de la dogmática penal española, Jesús Silva Sánchez, sostiene una posición similar respecto de la decisión político criminal de excluir a los menores del ámbito personal de aplicación del derecho penal común al señalar que "El nuevo Código Penal español dispone en el párrafo primero de su artículo 19 que "los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código". A ello añade en el párrafo segundo que "cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor". Si se tiene en cuenta que en el artículo 20 del mismo texto legal se procede a la regulación de las eximentes y, en particular, en sus números 1º, 2º y 3º, a la caracterización de las causas de exclusión de la culpabilidad por inimputabilidad, conviene, ya de entrada, extraer una primera conclusión acerca de la consideración del menor de edad en el sistema del nuevo Código: en su concepción, el menor de 18 años no es un sujeto esencialmente inimputable, no es un sujeto "per se" exento de culpabilidad. Simplemente, sucede que "no es responsable criminalmente" conforme a las disposiciones del Código Penal de los adultos. Expresada "a contrario", la tesis central es la de que el menor de dieciocho años no es un inimputable, sino que es un sujeto responsable (en realidad, podría decirse del mismo modo: imputable, culpable) al que, sin embargo, por razones político criminales bastante obvias, y atendidas también sus peculiares circunstancias se le sustrae del ámbito de las consecuencias jurídicas comunes del Código Penal"⁷⁹.

Como puede apreciarse de la exposición de Jesús Silva Sánchez, su interpretación armónica de los artículos 19º y 20º del Código Penal Español, respaldan su posición de exclusión de los menores de edad del derecho penal común por razones ajenas a la calificación del menor de edad como inimputable.

⁷⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Perspectivas sobre la Política Criminal Moderna*, Abaco, Buenos Aires, 1998, págs. 105-106.

La fundamentación que realiza Silva Sánchez respecto de la exclusión del menor de edad del derecho penal común la podemos catalogar en una línea similar a la expuesta por Roxin, esto es, en una falta de necesidad preventiva de la sanción penal respecto del menor. En tal sentido Silva Sánchez comparte la decisión del legislador penal español de excluir al menor de edad del ámbito del derecho penal común y que ésta decisión presenta una explicación lógica, por cuanto “la postura adoptada por el legislador del nuevo Código Penal, pese a la crítica formal que antes le hemos dirigido, no carece de cierta explicación. De algún modo es reflejo de las vacilaciones que, en cuanto a la definición de la frontera de la minoría de edad penal, han rodeado todo nuestro reciente proceso de reforma”⁸⁰.

En tal sentido el autor parte de una base explicativa fundamental para poder entender la evolución de la política criminal en la materia, señalando que dicha evolución debemos concebirla dentro de un tránsito de un modelo clásico para poder explicar la culpabilidad penal del menor de edad que puede denominarse “modelo del discernimiento” a un modelo nuevo o moderno que puede denominarse “modelo de responsabilidad”.

El modelo del discernimiento proviene históricamente del tratamiento que empleaba el derecho romano respecto de los menores de edad que cometían delitos, el cual influyó para que el derecho canónico adoptase una posición similar y que posteriormente influiría para que en los distintos códigos penales modernos que surgirían a partir del siglo XIX se adoptase una posición similar respecto de los menores de edad que cometían delitos⁸¹.

⁸⁰ SILVA SANCHEZ, pág. 111.

⁸¹ Hemos mencionado que el modelo del discernimiento, según lo define conceptualmente Silva Sánchez, se sustenta por un lado en la exclusión de sanción penal respecto del menor que no cumple cierta edad, fundada en una presunción *juris et de jure* que dicho menor es incapaz de manera absoluta de presentar una capacidad penal, y por otro lado en el establecimiento de un rango de edad de incapacidad relativa, respecto del cual el menor de edad contemplado en dicho rango podía ser sujeto de sanción penal, si a juicio del tribunal, éste hubiera actuado con discernimiento al momento de la comisión del delito.

La fundamentación teórica del sistema del discernimiento dice relación a su vez con una concepción retributiva de la sanción penal, esto es, la imposición de una pena como un castigo que restablece la justicia vulnerada por la comisión del delito. Asimismo parte de una concepción central de que la culpabilidad penal, entendida como juicio de reproche, constituye un presupuesto esencial para la imposición de una pena (concepto bilateral de culpabilidad), por ende si no hay culpabilidad no puede imponerse una sanción penal, pero por el contrario si hay culpabilidad, deberá imponerse una sanción penal. De esta manera adquiere un rol fundamental en la imposición de una sanción penal, la determinación de que el autor del injusto penal podría haber actuado de otro modo (fundamento material de la culpabilidad), por tanto presumiéndose irrefutablemente una imposibilidad de actuar de otro modo respecto del menor de cierta edad y por otra parte siendo necesario un juicio individual de discernimiento respecto del menor no comprendido dentro de dicha presunción, a objeto de determinar si éste podría haber actuado o no de otro modo⁸².

Por el contrario la implementación de un modelo de responsabilidad no se puede fundamentar en las mismas bases teóricas del modelo del discernimiento (concepción retributiva de la pena, concepto bilateral de la culpabilidad y juicio individual de discernimiento para determinar la culpabilidad del menor), por cuanto presenta en sus bases fundamentales una modificación de la concepción retributiva de la sanción penal, la cual no solo ha ido imponiéndose dentro del ámbito del derecho penal juvenil sino que también dentro del ámbito del derecho penal común.

⁸² Cfr. SILVA SANCHEZ, pág. 113-116. La consecuencia necesaria que resulta de la aplicación de un modelo del discernimiento, consiste en que el menor imposibilitado de actuar de otro modo, ya sea por estar comprendido dentro de la presunción *juris et de jure* establecida por el legislador en la materia o por no haberse comprobado judicialmente que hubiese actuado con discernimiento, no debería ser sujeto de un reproche penal por parte del Estado y por ende no debiendo imponerse ninguna sanción penal en su contra por cuanto no habría culpabilidad respecto de él, a contrario del menor respecto del cual se hubiere comprobado que actuó con discernimiento, correspondiéndole a éste una sanción penal en su contra por cuanto habría culpabilidad respecto de él.

En tal sentido la creciente superación dogmática de la concepción retributiva de la sanción penal por concepciones preventivas o mixtas no permite una fundamentación de la pena exclusivamente en la noción de hacer justicia o de restablecer la justicia vulnerada por la comisión del delito, sino que debe necesariamente fundamentarse además en la función preventiva que tiene la imposición de una sanción penal sobre el resto de la comunidad o sobre el condenado, la cual además satisface en mejor medida la consideración de la norma penal como mandato de determinación al ciudadano por sobre una consideración valorativa.

Esta modificación de la concepción de la sanción penal en el ámbito del derecho penal común y específicamente en el ámbito del derecho penal juvenil, en conjunto con la introducción en los diversos ordenamientos jurídicos de diversas medidas de seguridad, entendidas éstas como mecanismos empíricos para hacer frente al delito por vías específicamente terapéuticas, determinará que una vez comprobado el merecimiento de la pena por parte del sujeto que comete el injusto penal, será un criterio decisivo de la legitimidad de la sanción penal a imponerse la necesidad de la imposición de ésta en el caso en concreto, desde la perspectiva del cumplimiento de los fines del derecho penal, ya sea como una necesidad de pena para cumplir con las exigencias de la prevención general o con las exigencias de la prevención especial⁸³.

En consecuencia, una fundamentación de la sanción penal mirada desde la óptica de la prevención general o especial, implica necesariamente un cambio respecto del tratamiento que hace el derecho penal respecto de los menores de edad, no bastando para su sanción penal la determinación de su culpabilidad penal y por ende no siendo necesario un juicio individual de discernimiento respecto de éste. Es por ello que “si la pena se justifica de modo muy relevante por su necesidad preventiva y no por la realización de una justicia absoluta, la conclusión es que la pena se ha de imponer únicamente cuando exista una auténtica necesidad,

⁸³ Cfr. SILVA SANCHEZ, págs. 116-117.

en términos preventivos, de recurrir a ella y, por contra, no cabe en absoluto imponerla si tal necesidad no existe. A todo se añade algo que aquí es de importancia: dicha necesidad puede decidirse de modo más general y no en virtud de juicios individuales y concretos de discernimiento⁸⁴.

En conclusión, la postura de Silva Sánchez se fundamenta en la falta de necesidad preventiva de la sanción penal común al menor de edad, por cuanto la imposición de una pena común a los menores de edad carecería de la legitimación necesaria desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial⁸⁵.

⁸⁴ SILVA SANCHEZ, pág. 117.

⁸⁵ En tal sentido Silva Sánchez, págs. 119-120, concluye su argumentación señalando que “para estos sujetos no hay necesidad de pena común, desde el punto de vista preventivo especial, desde la perspectiva de la resocialización, porque es mucho más adecuada y prometedora una intervención educativa (como medida de seguridad específica o como pena juvenil) que la imposición de una pena común. En lo que hace al punto de vista de la prevención general negativa, tampoco puede hablarse de necesidad de pena común. De hecho, no plantea problemas prescindir de la pena propia del adulto, dada la percepción por la colectividad del menor como un sujeto diferente, que determina que la no imposición de una pena común al mismo no disminuya en absoluto la intimidación sobre la sociedad como conjunto de potenciales autores de delito. Es cierto que la ausencia de pena común respecto del menor podría suponer una disminución de la intimidación sobre el colectivo de menores delincuentes potenciales (...). Sin duda, este aspecto es problemático. Pero cabe, con todo, sostener que aquí, en el conflicto entre la prevención general intimidatoria y la especial, podría primar este último. Ello, siempre y cuando el sujeto se someta a un tratamiento educativo, que también tenga, en un plano fáctico y secundario, algún efecto intimidatorio y, además, se introduzca una pena juvenil en los casos en que ello resulte necesario. En fin, por lo que hace a la prevención general positiva integradora, ha señalado ROXIN que el prescindir de la pena común contra los menores autores de hechos delictivos no conmueve, no debilita la confianza de la población en el ordenamiento jurídico. La observación es correcta, en principio, aunque quizá debiera profundizarse en las razones por las cuales no tiene lugar tal debilitamiento de la confianza en el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico. En realidad, si no se pierde la confianza, ello es debido también a la aportación que efectúan en este ámbito las medidas de seguridad (y las penas juveniles) aplicables a los menores. Tales medidas, que no existían en el siglo XIX, son un instrumento de aseguramiento cognitivo de la vigencia de la norma, por emplear la terminología de Jakobs. Así, determinan que la sociedad no pierda la confianza en ese ordenamiento jurídico, que ciertamente no impone la pena, pero sí un tratamiento en virtud del cual se va a tratar de conseguir que el menor no vuelva a delinquir: más que de reafirmar la norma, se trata de afrontar fácticamente el peligro, pero ello es, desde luego, muestra también de la eficacia funcional del ordenamiento jurídico. Por lo que se refiere a las penas juveniles, éstas aparecen como un medio de aseguramiento normativo de la vigencia de la norma infringida que, dada la peculiaridad del sujeto infractor, resulta suficiente para la estabilización de ésta”.

En definitiva hemos señalado que existen dos posturas tendencialmente opuestas respecto de la exclusión del menor de edad del derecho penal común y cada una cuenta con argumentos centrales que son válidos al momento de tomar una consideración. Por lo mismo considero que para poder analizar la cuestión debemos tomar en cuenta los elementos que se encuentran en juego a modo de poder otorgar una opinión propia.

En tal sentido, considero que para poder acoger razonablemente una postura respecto de la exclusión del menor de edad del derecho penal común, ya sea desde la postura de considerarlo como una persona inimputable o desde la postura de la exclusión personal por una decisión político criminal del legislador distinta a la de considerarlo como una persona inimputable, deben relacionarse o tomarse como base necesariamente los siguientes elementos.

En primer lugar, cualquier explicación que se intente hacer sobre la materia debe partir de una base fundamental, esta es, que la explicación debe tener por objetivo entregar una explicación generalizada de la situación, pero que no intente entregar una explicación que abarque la totalidad de casos de menores de edad que cometen delitos.

Tanto la dogmática penal común, como también la dogmática penal juvenil, sufre de una tendencia de explicar de manera integral todos los fenómenos que intenta solucionar por medio de sus argumentaciones lógicas, generándose de esta manera una desacreditación de sus postulados y por tanto viéndose disminuidas en sus alcances explicativos cuando surgen nuevas aristas o problemas que no pueden solucionarse satisfactoriamente por medio de sus postulados. Es por ello que la explicación que intente hacerse sobre esta materia debe centralizarse en poder satisfacer el criterio general de los menores de edad que comenten delitos, por más que existan casos que no puedan satisfacerse por medio de sus postulados, por cuanto en el evento que se presente estos casos que no puedan explicarse por medio de sus postulados, habrá que intentar resolver éstos por medio de otra explicación y sin dejar de lado la explicación generalizada de los casos de menores de edad que cometen delitos.

En segundo lugar, debemos tomar en consideración la situación material que ocurre en la realidad respecto de los menores de edad que cometen delitos por sobre situaciones que no ocurren materialmente en la realidad o que son de difícil ocurrencia.

En este sentido me refiero a los delitos que efectivamente son cometidos por menores de edad dentro de los países de la región y también en el mundo. No es sorpresa para ninguna persona que de acuerdo a los distintos índices delictivos de los países, la delincuencia juvenil se sustenta sobre una base limitada de conductas, las que consisten principalmente en delitos contra la vida e integridad física (homicidio, parricidio, femicidio y lesiones), delitos contra el patrimonio (hurto y robo), delitos contra la integridad sexual (abusos sexuales y violaciones), delitos contra la salud pública (principalmente relativo a temas de drogas), delitos contra la seguridad pública (principalmente relativo al porte o tenencia de armas sin autorización) y delitos contra la libertad individual (principalmente el secuestro).

Como muestra del planteamiento anterior que propongo podemos tomar como referencia los datos estadísticos proporcionados por el Ministerio Público de Chile. En tal sentido, de los datos estadísticos recogidos por este organismo, relacionados con la cantidad de delitos cometidos por menores de edad en Chile durante el período comprendido entre el 1 de Enero de 2015 y el 31 de Diciembre de 2015, nos demuestran que de la totalidad de 43.663 (100%) delitos cometidos por menores de edad durante este período de tiempo, las categorías de delitos mayormente cometidas por menores corresponden a delitos contra la libertad e intimidad de las personas (9,41%); hurtos (16,43%); lesiones (14,38%); robos (8,03%); faltas (9,41%); robos no violentos (8,33%); y otros delitos contra la propiedad (10,43%)⁸⁶.

⁸⁶ División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de Gestión de la Fiscalía Nacional, Informe “*Boletín Estadístico Anual Enero-Diciembre 2015*”, Ministerio Público Chile, 2016, pág. 53, disponible en <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do> (acceso el 23-XI-2016). Como se puede apreciar de estas estadísticas, este grupo reducido de categorías de delitos cometidos por menores de edad durante el año 2015, corresponden en su conjunto a un 76,42% de la totalidad de delitos cometidos por menores de edad dentro del mismo período estadístico.

Por su parte dentro de las estadísticas disponibles en el ámbito argentino, podemos tomar como referencia los datos estadísticos proporcionados por la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. En tal sentido, de los datos estadísticos recogidos por este organismo, relacionados con la cantidad de investigaciones penales preparatorias iniciadas en el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires durante el transcurso del año 2015, nos demuestran que de la totalidad de 26.798 (100%) investigaciones penales preparatorias iniciadas, las categorías de delitos mayormente cometidas por menores de edad corresponden a delitos de lesiones leves (13,5%); amenazas (8,33%); daño (4,59%); hurto (7,35%); robo (10,87%); robo agravado por uso de arma (7,13%); infracción ley de drogas (5,78%); y encubrimiento (6,70%)⁸⁷.

Es esta masa central de conductas prohibidas por el legislador penal que la dogmática penal juvenil debe poner sus esfuerzos en elaborar una explicación respecto de los menores de edad que cometen delitos, por cuanto respecto del resto de las conductas que se encuentran tipificadas como delitos por el legislador, no existe materialmente una realización considerable por parte de menores de edad.

Esta situación puede ocurrir a mi juicio principalmente por dos razones, en primer lugar se debe a que existen ciertas conductas que requieren como requisito calificado del sujeto activo que éste tenga la mayoría de edad establecida legalmente o que sin exigirlo explícitamente en la norma penal, de una interpretación teleológica de la misma norma penal, conlleva necesariamente a que éste sea una persona mayor de edad a fines de satisfacer la finalidad punitiva de la norma penal en cuestión.

⁸⁷ Departamento de Estadísticas de la Procuración General, Informe “*Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil: IPP iniciadas por Bien Jurídico Protegido. Total Provincial. Año 2015*”, Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 2016, pág. 2, disponible en <https://www.mpba.gov.ar/web/estadisticas.php> (acceso el 23-XI-2016). Como se puede apreciar de estas estadísticas, este grupo reducido de categorías de delitos cometidos por menores de edad durante el año 2015, corresponden en su conjunto a un 64,25% de la totalidad de investigaciones penales preparatorias iniciadas en el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires dentro del mismo período estadístico.

En segundo lugar se debe a que existen ciertas conductas que difícilmente pueden ser realizadas por menores de edad por no cumplir éstos con las características necesarias para poder realizarlas, por cuanto empíricamente resulta difícil que un menor de edad pueda sostener la calidad especial requerida por el tipo penal. Dentro de este caso podemos hacer referencia a los denominados “delitos funcionarios”, por cuanto resulta prácticamente imposible, por no decir derechamente imposible, que un menor de edad pueda tener el cargo de funcionario público, agente de policía, agente de fuerzas armadas, diputado, senador, presidente, gobernador, juez, etc. También resulta poco probable que un menor de edad sea un sujeto contribuyente desde el ámbito de las normas impositivas de un país, que sea un director, empresario o que ocupe un cargo relevante dentro de una sociedad comercial, como también resulta poco probable que un menor de edad tenga a su cargo una organización criminal dedicada al lavado de activos, terrorismo, narcotráfico, trata de personas etc.

Es por ello que para poder otorgar una explicación satisfactoria respecto del tratamiento que debe realizar el derecho penal respecto del menor de edad, debemos a mi juicio realizar un enfoque primordial sobre las conductas que si pueden ser cometidas por un menor de edad desde el punto de vista estadístico y empírico, por ello enfocarse en las conductas nucleares prohibidas por el derecho penal, por cuanto debemos entender que la categorización de la imputabilidad o inimputabilidad de un sujeto necesariamente tiene una correlación con la conducta respecto de la cual se hace el análisis.

En tercer lugar, el análisis del tema en cuestión también tiene relación con la consideración necesaria que debe hacerse respecto de la edad del menor, por cuanto evidentemente no puede catalogarse dentro de un mismo parámetro el análisis de un menor de cuatro, siete o diez años con el análisis de un menor de quince, dieciséis o diecisiete años. Esta necesaria distinción que debe hacerse nos puede generar las directrices que deban tomarse en consideración al momento de determinar,

qué grupo de menores no se les puede exigir responsabilidad penal por la comisión de un delito y a que grupo de menores si se les puede exigir responsabilidad penal.

El desarrollo de este tema en particular será tratado en la recapitulación del presente trabajo de investigación, a modo de conclusión, por cuanto incumbe el planteamiento de decisiones político criminales que tienen relación con el establecimiento de límites de intervención del Estado respecto de los menores de edad y cuál debería ser el parámetro aceptable en orden a delimitar que menores de edad deben ser excluidos de las sanciones del derecho penal, en el evento que se adopte una posición que vaya en esa línea, y cuales no deben ser excluidos del derecho penal y respecto de los cuales se puede hacer exigible una sanción penal en su contra.

Señalaremos de antemano que de un examen a primera vista del tema, pareciera ser más satisfactorio a mi juicio sostener la exclusión de ciertos menores de edad del ámbito de aplicación del derecho penal común en base a un criterio de decisión político criminal del legislador penal por sobre una cuestión de inimputabilidad.

Esto por cuanto no tiene un sustento muy elaborado y a veces contradictorio el hecho de establecer que una persona por tener ciertos años de vida se le presuma inimputable y por el hecho de tener más años de vida se le debería presumir imputable. En tal sentido por ejemplo si tenemos un cuerpo legal que establece una presunción juris et de jure que los menores de catorce años son inimputables, no me parece correcto sostener que el menor de trece años y once meses vaya a ser menos imputable al momento de cometer un robo que ése mismo menor un mes más tarde, o sea cuando ya hubiere alcanzado la edad de catorce años y fuere imputable de acuerdo a dicha ley. Ese mismo parámetro de diferenciación se puede hacer con mayores diferencias de edad y pareciera ser que se generarían las mismas opiniones contradictorias sobre el tema, por ello es que me parece más satisfactorio el hecho de plantear la exclusión de un grupo de menores de edad del ámbito de aplicación del derecho penal común en base a una decisión político criminal del legislador por sobre una cuestión de inimputabilidad.

2. La Posibilidad de conocimiento de la Antijuricidad del hecho por parte del Menor de Edad

El segundo tema a tratar dentro de este capítulo, esto es, la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad del hecho por parte del menor de edad, ha sido un tema poco tratado por la doctrina penal, por cuanto el tratamiento científico que recibe el menor de edad por parte de ésta se circunscribe por regla general al análisis respecto de su posible imputabilidad o inimputabilidad. Es por ello que realizaré una reflexión respecto del tratamiento que hace la doctrina en rasgos generales sobre este tema y por lo demás reflexionaré sobre algunas temáticas que puedan ser tomadas en consideración al momento de analizar este tema en el menor de edad.

La concepción mayoritaria de la doctrina penal, partiendo desde la base de una concepción puramente normativa de la culpabilidad, coincide en que además de la imputabilidad del sujeto, en conjunto con la ausencia de causas de exculpación, debe éste realizar el injusto penal pudiendo haber conocido la antijuricidad del hecho a objeto de poder ser reprochable personalmente el injusto penal realizado.

Por su parte el desconocimiento o el error que puede tener el sujeto respecto de la antijuricidad del hecho, denominado conceptualmente como error de prohibición, tiene el alcance de eliminar la culpabilidad del sujeto en el caso que este error tenga el carácter de invencible o por el contrario tiene el alcance de disminuir la culpabilidad del sujeto en el caso que este error tenga el carácter de vencible. A su vez el carácter de vencible o invencible del error de prohibición tiene relación con el hecho de que el sujeto hubiere podido o no evitar dicho error de prohibición en el caso en concreto, en otros términos, corresponde determinar si este sujeto, en atención a las circunstancias del caso en concreto y en atención a sus conocimientos especiales, pudiese haber tenido la posibilidad de conocer la antijuricidad del hecho⁸⁸.

⁸⁸ Cfr. MIR PUIG, pág. 555.

En efecto, tal como señala el catedrático español Santiago Mir Puig, a consecuencia de la proposición del finalismo de traspasar el dolo al tipo penal, éste es considerado en esta etapa analítica del delito como dolo natural y por ende no incluye el conocimiento de la antijuricidad del hecho, a diferencia de la concepción causalista del dolo que si incluye en éste el conocimiento de la antijuricidad del hecho, por ello es que el examen de este aspecto permanece dentro de los elementos a examinar en la culpabilidad del sujeto, pero no ya como un contenido psicológico de conocimiento efectivo por parte del sujeto, sino como posibilidad, normativamente determinable, de conocer la antijuricidad del hecho. En este caso el tribunal penal deberá comprobar si el sujeto podía conocer la antijuricidad del hecho, en cuanto condición necesaria para poder adecuar su conducta a la normal penal. Por ello es que la falta de posibilidad de conocimiento de la antijuricidad del hecho, no tiene ya el alcance de excluir el dolo, pero si tiene el alcance de excluir la culpabilidad del sujeto, en el caso que este error de prohibición tenga el carácter de invencible, o de atenuar la culpabilidad del sujeto, en el caso que este error de prohibición tenga el carácter de vencible⁸⁹.

Ahora bien, respecto del análisis sobre qué es lo que debe comprender la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad del hecho por parte del sujeto a fin de poder reprocharle penalmente su conducta, éste debe comprender dos elementos: en primer lugar determinar que debe entenderse por “la antijuricidad del hecho”, es decir, el nivel de conocimiento que se le puede exigir al sujeto al momento de realizar su conducta y, en segundo lugar, determinar que debe entenderse por “posibilidad de conocimiento”, es decir, la posibilidad de acceder al nivel de conocimiento requerido. En otras palabras nos interesa poder determinar en esta materia las respuestas a las preguntas ¿qué es lo que debería conocer el sujeto? y ¿qué nivel de acceso al conocimiento requerido es suficiente para poder dirigirle un reproche penal?⁹⁰.

⁸⁹ Cfr. MIR PUIG, pág. 539.

⁹⁰ Cfr. CURY, pág. 434-435.

Respecto del primer elemento, esto es, el nivel de conocimiento que se le puede exigir al sujeto al momento de realizar su conducta, tradicionalmente en la doctrina penal se han distinguido tres teorías que intentan explicar esta situación.

En primer lugar, la teoría formalista, propuesta entre otros autores por Beling y von Liszt, considera que el nivel de conocimiento que se le puede exigir al sujeto consiste en la representación formal de la antijuricidad del hecho, es decir, el conocimiento formal de la norma penal infringida por medio de su conducta⁹¹.

Esta teoría formalista si bien presenta una correlación con las presunciones de conocimiento de las normas jurídicas y funcionamiento ideal del derecho penal, evidentemente genera una serie de inconvenientes político criminales consistentes en serias lagunas de punibilidad que se producirían si se aceptase, por cuanto solo podría sancionarse a las personas que tuvieran un acabado conocimiento del derecho penal.

En segundo lugar, la teoría material, propuesta entre otros autores por Sauer, Mayer y Kauffman, considera que el nivel de conocimiento que se le puede exigir al sujeto consiste en la representación de la antisocialidad de la conducta, de la contrariedad al deber, de la inmoralidad de la conducta o de la lesión de un interés, es decir, el conocimiento del carácter antisocial que tiene una determinada conducta⁹².

Si bien la teoría materialista presenta un avance respecto de la teoría formalista, en el sentido de sustentarse sobre un fundamento más cercano a la realidad social, de igual manera presenta el inconveniente que los contenidos morales, éticos y sociales no siempre concuerdan con los contenidos de las normas penales y a su vez aquellos dependen de la concepción individual que cada persona tenga respecto de su contenido, los cuales van cambiando en la persona con el transcurso del tiempo.

⁹¹ Cfr. CORDOBA RODA, Juan, *El Conocimiento de la Antijuricidad en la Teoría del Delito*, Segunda Edición Reimpresión, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, págs. 95-96

⁹² Cfr. CORDOBA RODA, págs. 96-106. En este caso al referirnos al carácter antisocial de la conducta, empleamos este término desde una concepción macro de una conducta contraria o dañina de valores morales, éticos, sociales o análogos.

Por su parte, otro problema que se puede generar por adoptar la teoría materialista en esta materia, tiene relación con la consideración de conceptos que no se encuentran incorporados dentro del derecho penal o que no deberían ser considerados al momento de sancionarse penalmente una determinada conducta. En tal sentido Juan Córdoba Roda, quien se encuentra en contra de esta posición, sostiene al efecto que “frente a aquellos que sostienen que el contenido del conocimiento de la antijuricidad está integrado por la representación de la antisocialidad o inmoralidad, se debe objetar que, además de incurrir en unas expresiones totalmente confusas, emplean un término que no corresponde al derecho positivo, al que debe referir necesariamente el conocimiento de la antijuricidad”⁹³.

Es por ello que en base a los dos argumentos contrarios expuestos supra, la teoría materialista no logra satisfacer a cabalidad el requisito del nivel de conocimiento que se le puede exigir al sujeto, generándose en el caso de adoptarse, una eventual laguna de punibilidad respecto de las personas que habiendo cometido un injusto penal, consideran que su conducta no es inmoral, ni tampoco antisocial o éticamente reprochable, sino que al contrario, consideran que su conducta es moralmente aceptable o que constituye un bien en sí misma o para la sociedad⁹⁴.

Por último, la teoría intermedia, propuesta entre otros autores por Mezger, considera que el nivel de conocimiento que se le puede exigir al sujeto consiste en la representación de que una determinada conducta es contraria al ordenamiento jurídico. En este sentido el aspecto fundamental a considerar es que el sujeto tenga el conocimiento de que la realización de una determinada conducta es contraria a derecho, sin importar que éste conozca o desconozca la norma legal en particular

⁹³ CORDOBA RODA, pág. 104.

⁹⁴ Bajo este supuesto se encuentran los denominados “autores por convicción”, quienes cometen un delito con el convencimiento de estar haciendo una conducta correcta en base a sus criterios morales o éticos, como por ejemplo matar a otra persona por circunstancias religiosas, políticas, sociales, raciales etc.

que la sanciona como también es irrelevante la consideración personal de su carácter social o antisocial⁹⁵.

Esta teoría intermedia, que ha sido mayormente aceptada por la doctrina penal, tiene la ventaja de establecer el nivel de conocimiento socialmente exigible al sujeto, por cuanto parte de la base realista que es imposible que la totalidad de la población posea un conocimiento acabado del derecho penal y no tropieza ante el conflicto de condicionar la declaración de culpabilidad de un sujeto en base a creencias personales que su conducta es inmoral o éticamente reprochable, superándose de esta manera las lagunas de punibilidad que permiten las teorías anteriores y evitándose así que el derecho penal se transforme en una herramienta ineficaz para la prevención del delito.

En efecto, en lo que se traduce la implementación de esta teoría intermedia, es exigirle al sujeto el mínimo de conocimiento exigible a la totalidad de la población, siendo este, la valoración propia que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico, no bastando para ello que éste considere que su conducta es inmoral, antisocial o mala, sino que considere que su conducta es reprochable penalmente, que está prohibida por la ley penal y que su realización puede traer aparejada consecuencias legales. En tal sentido Maurach sostiene al efecto que “es necesario y suficiente el conocimiento del imperativo de la norma. No es necesario que el sujeto conozca las fuentes ni la forma de aparición de la misma. Es, por otro lado, insuficiente el simple conocimiento de la antisocialidad o inmoralidad de la conducta”⁹⁶.

Respecto del segundo elemento a considerar, esto es, la posibilidad de acceder al nivel de conocimiento requerido, históricamente la doctrina penal había debatido en torno a este tema a que si era suficiente para fundar el reproche penal sobre el sujeto, que éste hubiera interiorizado el conocimiento requerido al momento de realizar el injusto penal o, al contrario, si bastaba que éste hubiera podido acceder potencialmente

⁹⁵ Cfr. CORDOBA RODA, págs. 106-113.

⁹⁶ MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1958, citado por CORDOBA RODA, pág. 107.

a este conocimiento al momento de su realización, pero actualmente partiendo desde la base de una concepción puramente normativa de la culpabilidad penal, considerada como juicio de reproche, existe consenso doctrinal en que es suficiente para dirigirle un reproche penal al sujeto en este tema, que éste potencialmente haya podido acceder a dicho conocimiento al momento de realizar el injusto penal⁹⁷.

Ahora bien respecto de la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad del hecho por parte del menor de edad, evidentemente que no se puede reflexionar sobre esta temática desde un punto de partida igualitario o similar al de una persona adulta, por cuanto, en principio, el nivel de conocimiento de las normas y conductas sociales por parte de un menor de edad presenta niveles de interiorización distintos de los de una persona adulta. Es por ello que para poder realizar un análisis exhaustivo de esta temática debemos abordarla desde una concepción enfocada principalmente desde la mirada de un menor de edad.

Para ello se debe partir desde una base fundamental en la materia, esta es, que resulta bastante difícil que un menor de edad tenga en su diario vivir un contacto directo con las diversas normas penales vigentes en una sociedad, por cuanto si partimos del hecho que la generalidad de las personas adultas no tiene un contacto directo con las diversas normas penales vigentes en una sociedad y que éstas en el transcurso de sus vidas van incorporando conocimientos penales básicos, por ello no siéndoles exigibles un conocimiento acabado del derecho penal, resultaría insensato suponer que un menor de edad tiene un nivel de interiorización de las normas penales vigentes similar al de una persona adulta y por ende siendo insensato exigirle un nivel de conocimiento similar al de una persona adulta,

⁹⁷ Véase entre otros: MIR PUIG, págs. 552-555; BACIGALUPO, págs. 425-426; CURY, págs. 436-437; ROXIN, págs. 866-870.

quienes como mencione anteriormente, nunca terminan por adquirir durante su vida un conocimiento acabado del derecho penal⁹⁸.

El conocimiento humano es independiente de cada persona, en el sentido que existe una discriminación selectiva de conocimientos por parte de cada persona y a su vez dicha discriminación selectiva repercute en un proceso de interiorización de contenidos distintos en cada individuo, el cual depende de factores sociales, económicos, culturales, demográficos y en general depende de una serie de estímulos que escapan del ámbito jurídico (por ejemplo una persona interesada en estudiar agronomía le interesa aprender sobre la técnica de plantación de ciertas verduras y en cambio para una persona no interesada en ello le es indiferente la técnica de plantación utilizada y solo le interesa saber dónde puede comprar su verdura favorita)⁹⁹.

Esta selectividad del conocimiento es algo a que el derecho penal no se encuentra ajeno y que por tanto no puede escapar, por cuanto por regla general a la colectividad de personas le es indiferente el derecho penal en su vida diaria, y eventualmente se interesa por sus normas y funcionamiento en el evento que se haya visto afectada de alguna forma significativa con la realización de un delito.

Las personas ajenas al mundo del derecho penal, entiéndase por estas, a todas aquellas que no se han visto involucradas en el sistema penal, ven al derecho penal como algo ajeno a sus vidas y la verdad pareciera ser que no les importara mucho más allá del hecho de existir una sensación generalizada de inseguridad, influenciada por la cobertura excesiva que hacen de ésta los medios de comunicación,

⁹⁸ Véase en tal sentido el artículo escrito por los criminólogos norteamericanos Paul Robinson y John Darley, *Does Criminal Law Deter? A behavioural science investigation*, 2004, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=660742 (acceso 24-XI-2016). Los autores sostienen que en definitiva no existe un conocimiento efectivo del derecho penal por parte de la generalidad de la población, sino que por el contrario, la gente asume que la ley penal corresponde a lo que ellos creen que debería ser, por ello es que la gente cree en la existencia de normas penales que se encuentra en correspondencia con sus propias nociones acerca de la justicia penal.

⁹⁹ Cfr. BROADBENT, Donald, *Perception and Communication*, Pergamon Press, Oxford, 1958, págs. 244-267.

y de que el derecho penal debería ser la herramienta efectiva para resolver los problemas de delincuencia, cuestión que sabemos que no sucede en realidad y que también se encuentra fuera del ámbito penal. Inclusive si consideráramos como ejemplo un país o una sociedad en donde no existieran grandes índices de delincuencia, seguramente la sensación colectiva de inseguridad se vería disminuida enormemente y con ello, como un efecto reflejo de esta baja en la sensación de inseguridad, se mostraría un bajo interés de la sociedad por el derecho penal¹⁰⁰.

Habiéndose realizado esta pequeña reflexión inicial sobre el conocimiento del derecho penal por parte de la sociedad, la pregunta a hacerse en este caso, es determinar si un menor de edad puede alcanzar el nivel mínimo de conocimiento de la antijuricidad del hecho exigible a la totalidad de la población, esto es, que puede conocer que la realización de una determinada conducta se encuentre prohibida por la ley penal y que su realización eventualmente puede generar consecuencias jurídicas.

La respuesta a esta crucial pregunta evidentemente que requiere de un análisis complejo de diversos factores, incluso ajenos al ámbito de la dogmática penal, pero de igual forma intentaré elaborar una solución en base al análisis de los siguientes elementos que deben ser considerados.

En primer lugar, el proceso de adquisición de conocimiento por parte del ser humano conlleva necesariamente un proceso de interacción con otras personas. Esta premisa básica es inherente a cualquier modelo organizativo de una sociedad y no se modifica sustancialmente durante el desarrollo de la vida de las personas, sin perjuicio de existir en la actualidad mecanismos tecnológicos que han ido permitiendo la sustitución de un aprendizaje presencial por un aprendizaje a distancia,

¹⁰⁰ Evidentemente que el derecho penal, en comparación al resto de las ramas existentes en el derecho, pareciera ser la rama del derecho que tendría mayor visibilidad, por cuanto todas las personas de la sociedad en algún momento pueden verse involucradas en la realización de un delito, ya sea como imputados o como víctimas, pero aun así pareciera que mientras el común de las personas no tenga un encuentro cercano con éste, no existe una verdadera preocupación que tenga el efecto de modificar su patrón diario de conducta y que influya en una necesidad de mayor conocimiento.

pero de igual forma dicho aprendizaje a distancia descansa en su núcleo remoto en procesos de interacción entre distintas personas¹⁰¹.

Estos procesos de interacción si bien se desarrollan dentro de una sociedad, en definitiva se realizan primariamente dentro de las comunidades íntimas, entiéndase por tales a las familias, los grupos de amigos, los compañeros del colegio y posteriormente se siguen desarrollando dentro de comunidades menos íntimas y de mayor exposición como por ejemplo internet, televisión, libros, cultura popular etc.

En segundo lugar, el contenido del conocimiento transferido por medio de esta interacción de personas puede ser modificado a voluntad de las personas intervinientes, ya sea por decisión de la persona que emite el conocimiento como de la que lo recibe. La modificación por parte del emisor puede ocurrir de manera intencional o simplemente por una falta de verificación de la veracidad del contenido objeto de la transmisión de conocimiento y del contenido que efectivamente se transmite por el proceso de interacción entre emisor y receptor. A su vez la modificación por parte del receptor puede ocurrir en la medida que éste interiorice un contenido distinto del transferido por el proceso de interacción, modificación que puede obedecer a una intencionalidad de este último o por una comprensión distinta del contenido transferido.

En consecuencia, el traspaso del contenido del conocimiento por parte del emisor hacia el receptor, genera en este último, el piso básico de conocimiento respecto de situaciones que afectan su diario vivir y cómo funciona el sistema organizativo al cual pertenece. Este conocimiento social no presenta realidades equivalentes entre las personas, pero si tiende a presentar un sustrato mínimo compartido entre las personas, que incluye el conocimiento de las normas básicas de convivencia que deben ser aprendidas por cada uno para poder relacionarse con el resto de la sociedad (por ejemplo resulta improbable que todas las personas puedan explicar cómo funciona

¹⁰¹ Cfr. WATZLAWICK Paul, HELMICK Janet y JACKSON, Don, *Teoría de la Comunicación Humana*, Cuarta Edición, Herder, Barcelona, 1985, págs. 52-56.

el sistema de gobierno nacional o provincial, pero si resulta probable que todas las personas puedan explicar cómo funciona un semáforo y cuando le corresponde al peatón cruzar la calle).

La importancia de la construcción del piso básico de conocimiento de las personas respecto de situaciones que afectan su diario vivir y cómo funciona el sistema organizativo al cual pertenece, es que permite, en conjunto con otros factores, la construcción de la realidad social denominada “realidad de la vida cotidiana”. En tal sentido los autores Peter Berger y Thomas Luckmann sostienen al efecto que “entre las múltiples realidades existe una que se presenta como la realidad por excelencia. Es la realidad de la vida cotidiana. Su ubicación privilegiada le da derecho a que se la llame suprema realidad. La tensión de la conciencia llega a su apogeo en la vida cotidiana, es decir, ésta se impone sobre la conciencia de manera masiva, urgente e intensa en el más alto grado. Es imposible ignorar y aún más difícil atenuar su presencia imperiosa. Consecuentemente, me veo obligado a prestarle atención total. Este estado de plena vigilia con respecto a existir y aprehender la realidad de la vida cotidiana es para mí algo normal y evidente por sí mismo, vale decir, constituye mi actitud natural. Aprehendo la realidad de la vida cotidiana como una realidad ordenada. Sus fenómenos se presentan dispuestos de antemano en pautas que parecen independientes de mi aprehensión de ellos mismos y que se les imponen. La realidad de la vida cotidiana se presenta ya objetivada, o sea, constituida por un orden de objetos que han sido designados como objetos antes de que yo apareciera en escena”¹⁰².

En definitiva es dentro del proceso de interiorización de este conocimiento, en conjunto con el resto de los factores que permiten la construcción por parte del

¹⁰² BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas, *La Construcción Social de la Realidad*, Primera Edición Reimpresión, Amorrortu, Buenos Aires, 1999, Pág. 39.

menor de su realidad social, es que debemos buscar la respuesta a la pregunta inicial de si es posible que un menor tenga la posibilidad de conocer la antijuricidad del hecho¹⁰³.

A mi parecer la cuestión se radica en definitiva en las posibilidades de contacto comunitario que tiene el menor de edad dentro de su diario vivir en conjunto con la delimitación de un espectro de conductas que deben tomarse en consideración y que mencioné en su momento al analizar la imputabilidad del menor de edad.

No es posible señalar una solución a la pregunta inicial sin partir de la base fundamental que la concepción de la antijuricidad del hecho por parte del menor de edad evidentemente que se ve influenciada por las circunstancias comunitarias que influyen en su comprensión de la realidad social dentro de la cual se encuentra inmerso.

En tal sentido, un menor de edad proveniente de un núcleo comunitario en donde la realización de una conducta tipificada como delito por la ley penal, por ejemplo el robo o el homicidio, es concebida dentro de dicho núcleo íntimo como la realización de una conducta necesaria para sobrevivir dentro de la sociedad, evidentemente que genera estímulos que afectan la comprensión global de la antijuricidad del hecho y por ende dichos casos no puedan ser juzgados bajo el mismo parámetro que el caso de un menor de edad que se ha desarrollado dentro de un núcleo comunitario en el cual existe una valoración negativa de aquellas conductas.

Si bien la pregunta inicial tiene relación con la posibilidad del menor de edad de poder conocer la antijuricidad del hecho, evidentemente que dicha posibilidad de conocimiento se encuentra vinculada por la consideración comunitaria que la realización de una conducta es vista como algo positivo, por ende no existiendo

¹⁰³ En tal sentido Juan Bustos, pág. 39, nos ofrece una visión alternativa respecto del contenido que debería comprender el conocimiento de la antijuricidad del hecho por parte del menor, al sostener que “no estamos por consiguiente ante la problemática del estricto o puro conocimiento, sino de un proceso más complejo en que se requiere la internalización de aspectos más sutiles de carácter cultural. En efecto, Pedro, argentino, y Ali, hindú, están frente a una vaca, ambos ven la vaca y saben por los cánones culturales básicos que eso que tienen al frente es una vaca, pero Ali la considera un ente sagrado y, en cambio, Pedro el objeto de un buen asado”.

disconformidad con su realización por parte de los miembros de dicha comunidad. A su vez dicha conformidad comunitaria con la realización de una conducta determinada genera una posibilidad condicionada de poder conocer la antijuricidad del hecho por parte del menor, como también degenera una modificación de la escala valorativa de éste en relación a otras conductas¹⁰⁴.

Como mencionamos en su momento al analizar las propuestas de la teoría del etiquetado o labelling approach, si consideramos el efecto de etiquetado que genera sobre los menores de edad los mecanismos de control social, quienes van adquiriendo el convencimiento personal de que son delincuentes y que deben comportarse como tal para satisfacer la función que le corresponde dentro de la estructura social, de igual manera podemos sostener que cuando un menor de edad realiza una conducta conforme a los valores comunitarios íntimos, este etiquetado positivo por parte de la comunidad también puede generar un efecto sobre la valoración personal que hace el menor sobre dicha conducta y como la realización de ésta debe ser considerada como la realización de una conducta positiva para su comunidad.

A su vez la consideración de la realización de una conducta tipificada como delito por la ley, pero considerada como beneficiosa por parte del menor, repercute también en su desarrollo social dentro de la comunidad, adquiriendo estatus social dentro de sus pares y siendo reconocido por la realización de ciertas conductas que son consideradas por éstos como actividades laborales necesarias para sobrevivir.

¹⁰⁴ En definitiva la influencia de la consideración comunitaria respecto de la valoración de una conducta influye determinantemente en la valoración que realiza el sujeto en su fuero interno, ya sea valorizando negativamente o positivamente la realización de una determinada conducta. Véase en tal sentido BECKER, Howard, *Outsiders*, Primera Edición Reimpresión, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, pág. 28, quien sostiene al efecto que “los grupos sociales crean la desviación al establecer las normas cuya infracción constituye una desviación y al aplicar esas normas a personas en particular y etiquetarlas como marginales. Desde ese punto de vista la desviación no es una cualidad del acto que la persona comete, sino una consecuencia de la aplicación de reglas y sanciones sobre el infractor a manos de terceros. Es desviado quien ha sido exitosamente etiquetado como tal, y el comportamiento desviado es el comportamiento que la gente etiqueta como tal”.

Sin embargo, considero que a pesar de los argumentos expuestos supra sobre la posibilidad de modificarse la valoración antijurídica de una determinada conducta por parte del menor de edad, en atención a la influencia de su núcleo comunitario, se puede sostener que éste, en algún punto, tiene la posibilidad de poder cuestionarse la antijuricidad de una determinada conducta, evidentemente en menor medida que una persona adulta y siempre que sea de aquellas conductas nucleares del derecho penal.

Resulta poco probable que un menor de edad pueda conocer la antijuricidad de una conducta típica como el lavado de activos, asociación ilícita, cohecho etc., pero si resulta posible que éste pueda conocer la antijuricidad de un robo o de un homicidio, por cuanto las conductas nucleares del derecho penal presentan una mayor realización dentro de la sociedad, lo que conlleva a una mayor exposición de estas dentro de la cultura popular y por ende exista una mayor difusión de sus contenidos dentro de los núcleos íntimos de convivencia y comunicación.

Por lo mismo, si partimos de la base de tomar como referencia los delitos característicos de la delincuencia juvenil, aquellos que mencioné al momento de analizar la imputabilidad del menor de edad, podríamos llegar a la conclusión que existe una posibilidad remota de conocimiento de la antijuricidad del hecho por parte del menor de edad, evidentemente una posibilidad menor que la de una persona adulta y por ende debiendo guiarse la decisión judicial en términos más restrictivos que los aplicables en el caso de una persona adulta.

En conclusión, podemos afirmar que si existe una posibilidad de conocimiento de la antijuricidad del hecho por parte del menor de edad, condicionada a conductas nucleares del derecho penal y a factores de comunicación de sus núcleos comunitarios, lo que debe conducir a una interpretación judicial restrictiva al momento de analizar la posibilidad de conocimiento por parte del menor y acoger los planteamientos de error de prohibición que pueden formularse a su favor, en la medida, que hagan plausible una falta de posibilidad concreta de conocer la antijuricidad del hecho por parte del menor.

3. Ausencia de Causas de Exculpación respecto del Menor de Edad

El último tema a tratar dentro de este capítulo, esto es, la ausencia de causas de exculpación respecto del menor de edad, también ha sido un tema poco tratado por la doctrina penal, por cuanto como mencioné supra, el tratamiento científico que recibe el menor de edad por parte de ésta se circunscribe por regla general al análisis respecto de su posible imputabilidad o inimputabilidad. Es por ello que realizaré una reflexión respecto del tratamiento que hace la doctrina en rasgos generales sobre este tema y por lo demás reflexionaré sobre algunas temáticas que puedan ser tomadas en consideración al momento de analizar este tema respecto del menor de edad.

Mencioné anteriormente que la concepción mayoritaria de la doctrina penal, partiendo desde la base de una concepción puramente normativa de la culpabilidad, coincide en que además de la imputabilidad del sujeto, en conjunto con la posibilidad de conocer la antijuricidad del hecho, éste debe haber realizado el injusto penal no encontrándose sujeto a una causal de exculpación de la culpabilidad penal, a objeto de poder ser reprochable personalmente el injusto penal realizado.

Por su parte, el hecho que el sujeto haya realizado un injusto penal encontrándose sujeto a una causal de exculpación consagrada por la legislación penal tiene por regla general el alcance de eliminar la culpabilidad del sujeto. En tal sentido Mir Puig sostiene al respecto que “la responsabilidad penal no sólo decae cuando el sujeto del injusto se encuentra en unas condiciones psíquicas distintas de las normales (inimputabilidad), sino también cuando actúa en una situación motivacional anormal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido. Se dice entonces que se ha obrado en situación de “no exigibilidad”, porque se entiende que el derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podría soportar (...). La exclusión de la responsabilidad penal no se basa en tal caso en que el sujeto sea distinto al hombre normal al que se dirige la motivación

de la norma, sino, al contrario, precisamente en que el sujeto actúa como lo haría cualquier hombre normal. La anormalidad motivacional, fundamento común a toda causa de exclusión de la responsabilidad penal, no procede aquí de una anormalidad en el sujeto -permanente o transitoria-, sino de una anormalidad en la situación. En un Estado social y democrático de derecho ello puede justificarse acudiendo a la idea de que el derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio. Un derecho penal democrático no quiere ser un derecho de héroes, sino un derecho a la medida de la gran mayoría, se llega así a la idea básica que suele verse tras la noción de “no exigibilidad”: las conductas heroicas “no son exigibles”¹⁰⁵.

En efecto, el hecho que el sujeto se encuentre en una situación consagrada como causal de exculpación o de no exigibilidad por la ley al momento de realizar el injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad de éste por entenderse que ha realizado un injusto penal en una situación anormal de motivación personal, que hace inexigible una fidelidad al derecho por parte del ciudadano común en el evento de encontrarse en una situación que produce un efecto similar en la mayoría de la gente.

Ahora bien, al igual que respecto de las causas de inimputabilidad del sujeto o en el evento de existir un error de prohibición por parte de éste, en el caso que el sujeto se encuentre en una causal de exculpación al momento de realizar el injusto penal, dicha circunstancia no elimina la realización del injusto penal por parte del sujeto, sino que sencillamente se entiende que el derecho no puede proceder a reprocharle penalmente su conducta en el caso en concreto, por cuanto no existe en este caso una de las condiciones necesarias para poder reprocharle penalmente al autor la realización del injusto penal. Por último dentro de las causales de exculpación de la culpabilidad penal más comunes que existen en las legislaciones y que han sido reconocidas por la doctrina penal, podemos mencionar la coacción, el miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante.

¹⁰⁵ MIR PUIG, págs. 604-605.

Ahora bien en el evento que un menor de edad realice un injusto penal encontrándose sujeto a una causal de exculpación o de no exigibilidad consagrada en la legislación penal, el tribunal debería adoptar la misma decisión que si dicho injusto penal fuese cometido por una persona adulta y se encontrare en idéntica situación, esto es, no sancionar penalmente al menor de edad por cuanto no se cumplen con los requisitos necesarios para satisfacer el juicio personal de reproche penal en su contra, es por ello que respecto de las causas de exculpación ya reconocidas por la legislación penal no debería existir mayor diferencia en su aplicación respecto de los menores y por lo mismo no trataré dicho análisis en el presente trabajo.

Por el contrario, lo que si encuentro necesario analizar en este momento es la posibilidad de construir una respuesta a la exigibilidad o no exigibilidad de una conducta conforme a derecho respecto de los menores de edad que realizan un injusto penal en atención a la construcción moral de éstos, situación que a mi juicio debe ser el punto fundamental al momento de considerar si es exigible o no una sanción penal al menor de edad que comete un injusto penal, siendo necesario para ello empezar por un análisis psicológico de la construcción moral del menor de edad para posteriormente elaborar una conclusión desde la óptica del derecho penal.

En tal sentido el estudio de la construcción moral del menor de edad comienza con trabajos teóricos referidos al sentimiento moral del niño a finales del siglo XIX y que continuaron desarrollándose durante el transcurso del siglo XX, pero sin lugar a dudas, respecto de las diversas investigaciones que se han realizado para poder generar una teoría psicológica respecto de cómo se construye el criterio moral del menor de edad, los aportes más significativos que existen respecto de esta materia se encuentran en las teorías propuestas por Jean Piaget y Lawrence Kohlberg.

Jean Piaget aparece profundizando en estos temas en la década de 1930, llamando la atención por su metodología empírica utilizada con la cual va a establecer estándares del recorrido que atraviesa el niño en el desarrollo de su criterio moral.

Las investigaciones hechas por Piaget en estas materias se sustentan bajo la premisa fundamental propuesta por el autor de que “toda moral consiste en un sistema de reglas y la esencia de cualquier moralidad hay que buscarla en el respeto que el individuo adquiere a un sistema de reglas”¹⁰⁶.

Para el autor es la presión social o comunitaria la que hace que una norma, por medio del razonamiento, pase a ser interiorizada por una persona, siendo éstas comprendidas dentro de las normas de su conciencia y que contribuyen a la construcción de un criterio moral por parte de una persona. En tal sentido Piaget sostiene al efecto que “el individuo por sí solo no es capaz de esta toma de conciencia y, por consiguiente, no consigue constituir unas normas propiamente dichas. En este sentido, la razón, bajo su doble aspecto lógico y moral, es un producto colectivo. Esto no significa que la sociedad haya obtenido lo racional de la nada, ni que no exista un espíritu humano superior a la sociedad interior al individuo como a la colectividad. Esto significa que la vida social es necesaria para permitir al individuo tomar conciencia del funcionamiento de la mente y para transformar en normas propiamente dichas los simples equilibrios funcionales inmanentes a toda actividad mental e incluso vital”¹⁰⁷.

En el caso de los menores, este proceso no es realizado a ciegas por éstos, ya que en un primer momento este proceso lo realiza el menor sin adquirir una autonomía auténtica, sino que, adquiere su propia elaboración de lo que éste recibió, ya que por su temprana edad, todo este proceso lo llevará a cabo formando sus ideas de moral en su propio razonamiento, puesto que aún no ha experimentado estas ideas con sus pares de manera colaborativa. En tal sentido, el autor plantea que la autonomía moral se adquiere mediante el deslizamiento del respeto unilateral, que está enfocado principalmente en el respeto hacia la figura de la persona adulta,

¹⁰⁶ PIAGET, Jean, *El Criterio Moral en el Niño*, Martínez Roca, Barcelona, 1984, pág. 9.

¹⁰⁷ PIAGET, pág. 337.

al respeto mutuo, referido al respeto entre pares, con lo cual se va a referir a la autonomía moral, alusivo al deber ser, como la imprescindible experiencia de la cooperación social donde el bien es visualizado como una justicia equitativa¹⁰⁸.

Las investigaciones de Piaget están basadas por tanto en su intención de poder descubrir el proceso de la evolución epistemológica de la moralidad del menor, la cual se funda en la idea de que las interacciones continuas con el objeto, entendiéndose al objeto, como las personas con las cuales interactúa el menor, van dando lugar a diferentes estructuras cognitivo-morales dentro del menor de edad. Estas investigaciones se concentran en tres puntos: las reglas del juego, las normas morales de origen adulto y el desarrollo de la noción de justicia¹⁰⁹.

El primer punto, corresponde a las reglas del juego, en donde el autor plantea la existencia de dos tipos de reglas; en primer lugar, aquellas que provienen del adulto, es decir, aquellas que ya vienen elaboradas y que son traspasadas a los niños en base a reglas establecidas por generaciones anteriores y, en segundo lugar, aquellas que son elaboradas por los propios niños al momento de realizar el juego en cuestión, es decir, que provienen de la propia creación intelectual del grupo de niños presentes¹¹⁰.

Es respecto de la investigación que realizará el autor sobre este punto, es que podrá determinar como el niño adquiere un respeto a las reglas del juego, situación que en definitiva nos permitiría entender como el niño adquiere el respeto hacia las reglas morales¹¹¹.

¹⁰⁸ Cfr. PIAGET, págs. 338-340.

¹⁰⁹ Cfr. PIAGET, pág. 7. Evidentemente que el enfoque investigativo propuesto por Piaget puede ser considerado rupturista en comparación con las investigaciones hechas hasta la época sobre la materia, considerando que la primera publicación de su libro es a finales de la década de 1930, señalando al efecto el autor que “en esta obra no se encontrará ningún análisis directo de la moral infantil tal como se vive en la escuela, en la familia o en las sociedades de niños. Lo que nos hemos propuesto estudiar es el juicio moral y no las conductas o los sentimientos morales”.

¹¹⁰ Cfr. PIAGET, págs. 9-10.

¹¹¹ Cfr. PIAGET, pág. 10. Las proposiciones que plantea Piaget sobre este punto se despliegan de las investigaciones hechas por él a partir del análisis que realiza de las ejecuciones lúdicas que hacen los niños en el juego con canicas, señalando al efecto el autor que “es particularmente fácil

En lo que se refiere a la investigación “la práctica de las reglas”, el autor distingue cuatro estadios referidos a la práctica que realizan los niños respecto de las reglas del juego.

El primer estadio lo denomina “motor individual”, referido a niños menores de dos años y en donde no existen las reglas, por lo tanto no existe ningún patrón a seguir respecto de cómo aplican las reglas los menores de edad comprendidos en el. El segundo estadio lo denomina “egocéntrico”, referido a los niños mayores de dos años y menores a cinco años de edad y en donde la práctica de las reglas del juego por parte del menor se encuentra restringida a la codificación de éstas que son entregadas por la persona adulta, pero en el momento de jugar, por regla general el niño juega de manera individual sin preocuparse de compartir con otros niños el juego. El tercer estadio lo denomina “cooperación naciente”, referido entre los siete y los ocho años de edad y en donde los menores pretenden imponer sus reglas sobre sus pares a pretexto del buen funcionamiento colectivo del juego, pero se mantiene una constante discordia respecto de aplicación de las reglas del juego durante su desarrollo. El cuarto estadio lo denomina “codificación de las reglas”, el cual aparecerá a partir de los once o doce años de edad y es donde los niños comienzan a presentar las aptitudes necesarias para poder discutir y llegar a un consenso en la estipulación de las reglas del juego, las cuales serán reconocidas por cada uno de los niños presentes¹¹².

En lo que se refiere a la investigación “la conciencia de las reglas”, el autor distingue tres estadios referidos a la conciencia que tienen los niños respecto de las reglas del juego.

estudiar simultáneamente, por lo que respecta a las reglas del juego, dos grupos de fenómenos: 1° *La práctica de las reglas*, es decir, la manera como los niños de las distintas edades aplican efectivamente las reglas; 2° *La conciencia de las reglas*, es decir, la manera en que los niños de las distintas edades se representan el carácter obligatorio, sagrado o decisorio, la heteronomía o la autonomía propia de las reglas del juego (...). Las relaciones que existen entre la práctica y la conciencia de la regla son, efectivamente, las que permiten con mayor facilidad establecer la naturaleza psicológica de las realidades morales”.

¹¹² Cfr. PIAGET, págs. 20-21.

En el primer estadio, que comprende el estadio del motor individual y principios del estadio de egocentrismo, como no existen reglas para el menor, tampoco habrá conciencia alguna sobre ellas, sin perjuicio de poder seguir inconscientemente aquellas reglas entregadas por los adultos a título de ejemplo. En el segundo estadio, que comprende el apogeo del estadio egocentrismo y primera mitad del estadio de la cooperación naciente, al estar enfocado el niño en seguir los actos de los adultos, las reglas tienen un carácter de sagradas e inamovibles de manera que cualquier signo de rebeldía contra ella es tomado como su incumplimiento. El tercer estadio es donde el niño presenta una plena conciencia respecto de las reglas, ya que éstas surgen del consentimiento mutuo de los partícipes del juego, las que deben ser respetadas a objeto de ser leal con los otros niños, pero que pueden ser modificadas por ellos a condición de que todos los partícipes concuerden en modificarlas¹¹³.

Concluye su argumentación el autor respecto de las investigaciones realizadas sobre este ámbito señalando que “desde luego, la correlación indicada entre los tres estadios del desarrollo de la conciencia de la regla y los cuatro estadios relativos a la práctica efectiva de las reglas, no es más que un correlación estadística, es decir, muy general. Pero, a grandes rasgos, creemos que es seguro que exista una relación. La regla colectiva es, en primer lugar, algo exterior al individuo y por consiguiente algo sagrado, después se interioriza poco a poco y aparece en esta misma medida como el libre producto del consentimiento mutuo y de la conciencia autónoma”¹¹⁴.

El segundo punto, corresponde a las normas morales de origen adulto, aquí el autor se interesa por determinar de qué manera el niño concibe los deberes y los valores morales en general, para lo cual procede a preguntarle a una serie de niños respecto de las convicciones de éstos sobre las torpezas, los robos y las mentiras, a fin de analizar sus consideraciones y juicios morales sobre aquellas cuestiones.

¹¹³ Cfr. PIAGET, pág. 22.

¹¹⁴ PIAGET, pág. 22.

Respecto del estudio de las torpezas y de los robos en los niños, el autor plantea la existencia de dos tipos de responsabilidad: por un lado la existencia de una responsabilidad objetiva, en donde el menor juzga la conducta efectuada en base a los resultados material ocasionados por ella, la cual se producirá hasta los siete años de edad aproximadamente, y por otro lado la existencia de una responsabilidad subjetiva, en donde el menor juzga la conducta efectuada en base a las intenciones y las motivaciones de quien realiza la conducta, la cual se producirá a partir de los nueve años aproximadamente¹¹⁵.

Respecto del estudio de las mentiras en los niños, el autor plantea que en primer lugar el menor actuara sujeto a la posibilidad de ser sancionado por la persona adulta en el caso de decir una mentira, es decir, que entenderá que realizar una mentira es mala porque puede ser objeto de una sanción, por ende, decir la verdad no brotará de sus convicciones sino que se relacionará con evitar una posible sanción por parte del adulto. En segundo lugar, se le sumarán sus propias experiencias de cooperación con sus pares, en donde comprenderá que la acción de mentir es algo malo en sí mismo, independiente de la posible sanción aplicable por el adulto, con lo cual interiorizará esta regla y se generará cuestionamientos en su ámbito interno respecto a no mentir¹¹⁶.

En conclusión, el autor sostiene que respecto de la evolución moral del niño, existen dos etapas para destacar: en primer lugar una etapa de realismo moral¹¹⁷ y en segundo lugar una etapa de juicio autónomo. En la primera etapa el niño interiorizará

¹¹⁵ Cfr. PIAGET, pág. 104.

¹¹⁶ Cfr. PIAGET, pág. 143.

¹¹⁷ PIAGET, pág. 92. En términos de Piaget el realismo moral corresponde a “la tendencia del niño de considerar los deberes y los valores que se relacionan con ellos, como subsistentes en sí mismos, independientemente de la conciencia y como obligatoriamente impuestos, sean cuales fueren las circunstancias en que se halle el individuo”. En otros términos, podemos entender al realismo moral como una etapa heterónoma de la moral del menor de edad, caracterizada por el hecho de comprender el deber ser fundamentalmente en el cumplimiento de la normativa impuesta por la persona adulta, basando su actuar positivo o negativo en base al parámetro bipartito cumplimiento/desobediencia de la norma impuesta por parte de la persona adulta.

en su conciencia las reglas morales propuestas por el adulto por medio del mecanismo de las sanciones impartidas por éste, lo que favorecerá en el niño el desarrollo de una moral heterónoma, caracterizada por el sometimiento del menor a un respeto unilateral para con el adulto, en cambio en la segunda etapa, el niño se relacionará con sus pares a través de sus propias reglas morales, lo que favorecerá en el niño el desarrollo de una moral autónoma¹¹⁸.

Con respecto al tercer punto, que abarca el desarrollo de la noción de justicia, el autor plantea que existen tres grandes períodos en el desarrollo de la noción de justicia en el niño. En el primer periodo, que se extiende hasta los siete u ocho años, la noción de la justicia por parte del niño se subordina a la autoridad adulta, es decir, que la noción de justicia para el niño se relaciona con el deber y la noción de injusticia se relaciona con la desobediencia. En el segundo periodo, que se extiende desde los ocho años hasta los once años, la noción de justicia por parte del niño tiene relación con una igualdad de trato para todos los individuos. En el tercer período, el cual aparecerá a partir de los once o doce años de edad, el niño logrará tener una noción de justicia igualitaria pero moderada por preocupaciones de equidad, es decir, que la noción de justicia por parte del niño dependerá de la situación particular de cada una de las personas involucradas¹¹⁹.

Por su parte Lawrence Kohlberg a finales de la década de 1950 continuará con los estudios realizados por Piaget en estas materias y propondrá la existencia de seis estadios del pensamiento moral en las personas, a diferencia de Piaget que solo planteó la existencia de dos etapas (moral heterónoma y la moral autónoma).

Como punto de partida, el autor establece la existencia de tres niveles de razonamiento moral que pueden ser alcanzados por las personas: el primer nivel, denominado preconvencional, se caracteriza por que la persona comprendida en este

¹¹⁸ Cfr. PIAGET, págs. 163-164.

¹¹⁹ Cfr. PIAGET, pág. 263.

nivel no ha alcanzado a interiorizar y comprender las normas sociales convencionales que rigen en su comunidad social, el segundo nivel, denominado convencional, se caracteriza por que la persona comprendida en este nivel ha alcanzado a interiorizar y comprender las normas sociales convencionales que rigen en su comunidad social, es decir, que la persona sí se identifica con las reglas y expectativas de los otros miembros de su comunidad social, el tercer nivel, denominado postconvencional, se caracteriza por que la persona comprendida en este nivel logra entender y aceptar en general las normas sociales convencionales que rigen en su comunidad, pero la aceptación de estas normas encuentra un fundamento ulterior a la simple imposición de la autoridad, sino que se fundamenta en los principios morales generales del ser humano que subyacen a la existencia de cualquier comunidad social¹²⁰.

Añade el autor que para poder comprender a cabalidad su proposición, una forma de entender estos niveles es considerarlos como tres diferentes tipos de relaciones entre el yo y las normas y expectativas de la sociedad, señalando al efecto que “desde este punto de vista, el Nivel I es una persona preconventional, para quien las normas y expectativas sociales son algo externo a sí mismo, el Nivel II es una persona convencional, en la que el yo se identifica con las reglas y expectativas de otros, especialmente de las autoridades, y el Nivel III es una persona postconvencional, que ha diferenciado su yo de las normas y expectativas de otros y define sus valores según unos principios auto escogidos”¹²¹.

¹²⁰ Cfr. KOHLBERG, Lawrence, *Psicología del Desarrollo Moral*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1992, pág. 187. Para el autor estos niveles de razonamiento moral dependen de la etapa de desarrollo personal. En tal sentido sostiene el autor que “el nivel moral preconventional es el nivel de la mayoría de los niños menores de nueve años, de algunos adolescentes y de muchos adolescentes y adultos delincuentes. El nivel convencional es el nivel de la mayoría de adolescentes y adultos de nuestra sociedad y de otras sociedades. El nivel postconvencional se alcanza por una minoría de adultos y, normalmente, solo después de los veinte años. El término convencional significa conformidad y mantenimiento de las normas y expectativas y acuerdos de la sociedad o autoridad por el mero hecho de ser reglas, expectativas o acuerdos de la sociedad”.

¹²¹ KOHLBERG, págs. 187-188.

Por su parte el autor describe seis estadios morales para explicar cómo se produce el desarrollo moral en las personas, los cuales se agrupan dentro de los tres grandes niveles de razonamiento moral. El nivel preconvencional comprende a los estadios uno y dos, el nivel convencional comprende a los estadios tres y cuatro y el nivel postconvencional comprende a los estadios cinco y seis¹²².

El primer estadio propuesto por el autor es denominado moralidad heterónoma, en donde el actuar de una persona se encuentra determinado en base al eventual castigo, por ello obedece las normas por el hecho que éstas se encuentran establecidas y evita romperlas por el eventual castigo que puede recaer sobre su persona. En este caso el sujeto considera que las razones que le asisten para actuar correctamente se fundamentan en el hecho de evitar el castigo y el poder de las autoridades¹²³.

El segundo estadio propuesto por el autor es denominado moralidad individualista (instrumental), en donde el actuar de una persona se encuentra determinado por la necesidad de satisfacer intereses. En tal sentido el sujeto cumplirá con las normas solo cuando este cumplimiento sea necesario para satisfacer las necesidades y los intereses propios o ajenos, siendo correcto en este caso lo que el sujeto considere justo o que constituya un acuerdo o un trato. A su vez el sujeto considera que las razones que le asisten para actuar correctamente se fundamentan en el hecho de satisfacer las necesidades e intereses propios en un mundo en el cual también existen otras personas que también presentan sus propios intereses y necesidades¹²⁴.

El tercer estadio propuesto por el autor es denominado moralidad de la normativa interpersonal, en donde el actuar de una persona se encuentra determinado por la manera en como el resto de la gente espera que el sujeto se comporte. Por su parte el sujeto considera que las razones que le asisten para actuar correctamente

¹²² Cfr. KOHLBERG, pág. 187.

¹²³ Cfr. KOHLBERG, pág. 188.

¹²⁴ Cfr. KOHLBERG, pág. 188.

se fundamentan en el hecho de ser una buena persona ante uno mismo y para con el resto de los miembros de la sociedad¹²⁵.

El cuarto estadio propuesto por el autor es denominado moralidad del sistema social, en donde el actuar de una persona se encuentra determinado por el objetivo de cumplir con las obligaciones acordadas, con las reglamentaciones legales vigentes y contribuir con el desarrollo de la sociedad. A su vez el sujeto considera que las razones que le asisten para actuar correctamente se fundamentan en el hecho de mantener el funcionamiento del sistema social y de la institucionalidad¹²⁶.

El quinto estadio propuesto por el autor es denominado moralidad de los derechos humanos y de bienestar social, en donde el actuar de una persona se encuentra determinado por la conciencia del sujeto de la existencia de una diversidad de personas que conforman la sociedad, cada una con valoraciones y opiniones propias, que sus valoraciones pertenecen a la mayoría de la población y que a pesar de ello, existen ciertos valores (ej. la vida y la libertad) que deben respetarse a pesar de la opinión contraria que podría expresar la mayoría en algún momento. Por su parte el sujeto considera que las razones que le asisten para actuar correctamente se fundamentan en el sentido de la obligación de respetar las normas legales para el bienestar de todos los miembros de la sociedad y la protección de los derechos de todos, a su vez presenta un interés en que las leyes y las obligaciones a que se encuentran sujetos los miembros de la sociedad se basen en cálculos racionales de utilidad¹²⁷.

El sexto estadio propuesto por el autor es denominado moralidad de principios éticos universales, en donde el actuar de una persona se encuentra determinado por el respeto que tiene hacia los principios éticos universales de los seres humanos. El sujeto respeta el cumplimiento de las normativas legales por que estas normalmente se basan en el cumplimiento de tales principios, pero en el evento que así no sea,

¹²⁵ Cfr. KOHLBERG, pág. 188.

¹²⁶ Cfr. KOHLBERG, pág. 189.

¹²⁷ Cfr. KOHLBERG, pág. 189.

el sujeto optará por el cumplimiento de tales principios por sobre la normativa legal. A su vez el sujeto considera que las razones que le asisten para actuar correctamente se fundamentan en la creencia personal de la validez de los principios éticos universales y su compromiso social hacia ellos¹²⁸.

En consecuencia, de acuerdo a las teorías expuestas supra de la construcción moral de las personas, y en especial de la construcción moral del menor de edad, evidentemente que debemos tomar como una referencia importante, a mi juicio, la construcción moral del menor ha objeto de poder sancionar penalmente su conducta.

Mencionamos que la cuestión de la moralidad o inmoralidad era irrelevante para el tratamiento de la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad del hecho y también el derecho penal tampoco lo toma en consideración al momento de sancionar, pero considero que la formación de la moral por parte de un menor debe ser un tema a considerar al momento de sancionarlo penalmente, por cuanto la moral de un menor funciona como el último filtro con que cuenta este antes de realizar un injusto penal, surgiendo entonces la pregunta final si es exigible una conducta fiel al derecho a la persona que presenta una construcción moral totalmente contraria al derecho.

El menor de edad que va construyendo su moral de acuerdo a criterios selectivos de violación de la norma jurídica, no se puede sentir totalmente motivado por esta, por cuanto le es indiferente su violación, para éste la realización de la conducta obedece a parámetros morales que han sido inculcados dentro de su pensamiento y predisuestas en su interior, existiendo una mayor posibilidad por parte del menor que no las considere como prohibidas sino como la realización de conductas adecuadas a las construcciones morales que ha tenido como ejemplo dentro de su realidad social.

En tal sentido, la pregunta que uno debería hacerse, es si el sistema penal, conforme a la situación en que se encuentra el menor, se encuentra en condiciones de exigirle que adecue su conducta a los patrones sociales que intenta proteger el sistema.

¹²⁸ Cfr. KOHLBERG, pág. 189.

IV. Conclusiones

Habiéndose realizado el análisis de los temas contenidos en los capítulos que conforman el desarrollo del presente trabajo, me encuentro en condiciones de poder comentar algunas conclusiones respecto de la investigación realizada y brindar una respuesta a la pregunta inicial formulada en la introducción, la cual consiste en determinar si ¿se puede exigir una responsabilidad penal al menor de edad que comete un delito?

En primer lugar, la responsabilidad penal exigible al menor de edad que realiza un injusto penal debería constituir, en opinión personal, un tema de suma importancia, no solo en materia de decisiones político criminales que adoptan los Estados, sino que dentro de la propia organización social de una determinada comunidad, por cuanto la existencia de delincuencia juvenil dentro de nuestra sociedad evidentemente que constituye una manifestación empírica de una realidad de disconformidad por parte de los menores con la realidad existente frente a éstos y por lo mismo, su tratamiento debería caracterizarse por poseer una dirección concreta en materia de políticas públicas, y no solo constituir una temática cíclica que sirve de relleno de contenido a los diversos medios de comunicación y de propaganda política en tiempos de elecciones.

En tal sentido la implementación, prácticamente homogénea¹²⁹, en los diversos países de la región de un sistema de responsabilidad penal juvenil, constituye un avance en la construcción de una política criminal tendiente a la rehabilitación y reinserción social del menor de edad que comete un injusto penal,

¹²⁹ Salvo el caso de Argentina, que aún mantiene un modelo de justicia penal juvenil que puede calificarse como modelo tutelar, por lo menos en lo relativo a su ley penal de fondo (Ley N°22.278), el resto de los países de la región han ido incorporando modelos de justicia penal juvenil que, por lo menos en la apariencia formal, parecieren estar de acorde con las directrices internacionales vigentes en la materia y que mencioné en su momento al analizar el modelo de responsabilidad juvenil.

demostrándose de esta manera un significativo avance en nuestro pensamiento social y un cambio radical en comparación con el modelo tutelar vigente durante el siglo pasado, por cuanto el modelo de responsabilidad tiende a la puesta en marcha de mecanismos, medidas y sanciones que buscan rehabilitar al menor infractor de la ley penal más que condenarlo y estigmatizarlo como una persona que no tendrá un futuro digno, además del hecho de respetarle concretamente sus derechos y garantías constitucionales durante el desarrollo del procedimiento penal y la implementación de una eventual sanción penal en su contra, supliéndose de esta manera, las groseras violaciones de derechos y garantías que permitían los anteriores modelos de justicia penal juvenil.

El avance más significativo en esta materia corresponde, a mi juicio, en el establecimiento legal de una franja etaria de responsabilidad penal del menor, que permite el empleo de un criterio restrictivo de imputación personal, basado exclusivamente en la edad del sujeto y en la realización de una conducta expresamente tipificada como delito por la legislación penal vigente, excluyéndose de esta manera todas aquellas vulneraciones al principio de legalidad penal que permitían los otros modelos de justicia penal juvenil, los cuales como vimos, terminaron por llevar a cabo un proceso de criminalización de los menores de edad por parte de las instituciones del Estado, bajo el amparo de las normativas legales, en base a los supuestos amplios de intervención que permitían aquellos modelos.

El tema a dilucidar respecto de la responsabilidad penal del menor de edad, en relación a la franja etaria que debe comprender la imputación personal del sujeto, tiene que ver en definitiva, por establecer, cual es la edad desde la cual el Estado se encuentra legitimado para poder sancionar penalmente a un menor de edad.

Tal delimitación etaria siempre constituirá uno de los problemas a resolver por parte de las políticas criminales de los Estados, en el sentido que siempre van a existir discrepancias respecto de la edad a partir de cual se puede exigir una responsabilidad a una persona por la realización de un injusto penal, coexistiendo una diversidad de

argumentos para cada una de las tendencias posibles al respecto, esto es, disminuir o aumentar la edad mínima a partir de la cual se puede exigir responsabilidad penal. En tal sentido, pareciera acertado el planteamiento propuesto por Diego Freedman sobre la materia, al señalar que “la regulación de una edad mínima origina dos problemas. El primero es ¿cuál es esa edad mínima y que criterios deben adoptarse para fijarla? Por otro lado, ¿qué intervención debería tener el Estado respecto de los niños que cometen delitos y no alcanzan la edad mínima?”¹³⁰

Ambas interrogantes propuestas por el citado autor, sin lugar a dudas que han constituido y seguirán constituyendo una interrogante a tener en consideración para la implementación de cualquier política criminal relacionada con los menores de edad. En mi opinión personal, considero que la tendencia de rebajar la edad mínima de punibilidad de los menores de edad, característica de las políticas criminales represivas a nivel regional y mundial, no constituye una solución favorable para enfrentar los índices de delincuencia juvenil, sino que por el contrario, considero adecuado para tales objetivos realizar una reformulación estructural sobre el tratamiento que pueda otorgar el Estado respecto de aquellos menores de edad que se encuentran por debajo de esta franja etaria y que en la actualidad no se les puede exigir responsabilidad penal¹³¹.

¹³⁰ FREEDMAN, Diego, “La Edad en el Derecho Penal Juvenil”, en Mary BELOFF (directora), *Estudios sobre la edad penal y derechos del niño*, AD-HOC, Buenos Aires, 2013, pág. 75.

¹³¹ Si bien el fundamento nuclear del modelo de responsabilidad penal descansa en establecer una franja etaria de responsabilidad penal y una franja etaria de exención de responsabilidad penal, pareciera preocupante que respecto de los sistemas aplicables en la región, específicamente el sistema uruguayo y el chileno que vimos en su momento, ambos promueven un sistema de responsabilidad penal que admite la adopción, por parte de los tribunales de justicia, de medidas protectoras o cautelares en contra del menor de edad que comete un delito y que se encuentra por debajo de la franja etaria establecida en sus respectivas legislaciones que legitiman la imposición de una sanción penal. Tal situación solamente puede explicarse, a mi parecer, como el mantenimiento por parte del Estado del criterio tutelar característico de los antiguos modelos de justicia penal juvenil, en que el Estado se atribuye el derecho y la obligación de corregir a los menores que se encuentran en situación irregular. Por último, desde el punto de vista jurídico, cualquier medida cautelar, protectora o educativa, decretada por un tribunal de justicia o por la autoridad administrativa, que implique la detención o encarcelamiento del menor de edad no comprendido en la franja etaria de responsabilidad penal y que sea decretada en contra de su voluntad, constituye una violación de las disposiciones contenidas en el

En segundo lugar, respecto del análisis principal del presente trabajo, esto es, la respuesta acerca de si se puede exigir una responsabilidad penal respecto del menor de edad que comete un delito, mencioné en su momento que tal respuesta debería buscarse concretamente en el ámbito de la culpabilidad penal del sujeto, por cuanto la realización del injusto penal no presenta mayores variaciones desde el punto de vista de la edad del sujeto activo.

En relación al análisis de los elementos que configuran la culpabilidad penal, el primer punto a dilucidar en la materia, y en definitiva, el más importante a mi juicio, tiene relación con la tendencia histórica, tanto normativa como dogmática, de categorizar a los menores de edad que cometían delitos como inimputables, criterio que debe ser abandonado lo antes posible, por cuanto no representa ningún aporte satisfactorio o efectivo para afrontar el fenómeno de la delincuencia juvenil como tampoco sirve para la construcción de un derecho penal juvenil respetuoso de los derechos y garantías constitucionales de los menores de edad.

En tal sentido, si tomamos en consideración la realidad empírica de los delitos que son cometidos por menores de edad¹³², la gran mayoría de estos delitos corresponden a tipos nucleares del derecho penal, los cuales no requieren de una capacidad psíquica sobresaliente para su comprensión y por ende son asimilables dentro del fuero interno de la mayoría de la población, con independencia de su edad¹³³.

artículo 11 de las Reglas de la Habana, lo que además de constituir una grosera violación de los derechos y garantías constitucionales de los menores de edad, genera responsabilidad internacional para el Estado por la violación de los derechos humanos de los menores al permitir la imposición de tales medidas.

¹³² Véase páginas 77 y 78 del presente trabajo, en relación con los datos estadísticos que dan cuenta de los delitos cometidos por menores de edad durante el año 2015, proporcionados por el Ministerio Público de Chile y por la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

¹³³ Evidentemente que podría discutirse la capacidad psíquica de un menor de tres, cinco o siete años para poder comprender la antijuricidad de una conducta típica, como por ejemplo el homicidio, y poder adecuar su comportamiento a dicha comprensión, pero la realidad social nos demuestra que la delincuencia juvenil por regla general comienza a partir de los doce, trece y catorce años de edad, por ende aquellos casos que envuelvan a personas menores de doce, trece y catorce años de edad constituyen una realidad marginal, estadísticamente hablando, y por ello no deberían ser considerados.

Es por ello que la consideración histórica de que todos los menores de edad que cometen delitos son inimputables por el solo hecho de ser menores de edad, es decir, establecer categóricamente la inimputabilidad de éstos en base a un criterio netamente biológico, debe ser superada y adoptarse una postura de exclusión de responsabilidad penal común en base a una decisión político criminal del legislador¹³⁴. En tal sentido, me parece correcta la postura adoptada en la materia por el juez Sergio García de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que “si se considera, como lo hacen una acreditada doctrina y muchas leyes penales, que la imputabilidad es la capacidad de entender la licitud de la propia conducta y de conducirse conforme a ese entendimiento, se convendrá en que aquella no es un tema de grupo, sino de persona; efectivamente, se es o no imputable en función de la capacidad aludida, que se tiene o no se tiene personalmente. La atribución de imputabilidad o inimputabilidad ope legis a un amplio grupo humano, en virtud de la edad que todos tienen, y no de la capacidad que cada uno posee, es una ficción útil que responde a las necesidades y expectativas de cierta política a propósito de la protección y el desarrollo de los jóvenes, pero no a la realidad específica -la única que existe- en el caso de cada uno de ellos”¹³⁵.

¹³⁴ El fundamento de dicha decisión político criminal del legislador puede fundamentarse de diversas maneras, como mencioné en su momento, tampoco siendo objetivo del presente trabajo profundizar sobre el argumento más satisfactorio para sustentar dicha decisión político criminal. La real importancia de adoptarse la postura de exclusión de responsabilidad penal común del menor, en base a un criterio de política criminal del legislador, tiene relación con la imposibilidad de ser objeto de medidas cautelares o protectoras (medidas de seguridad) por parte de los tribunales de justicia, por cuanto las legislaciones penales establecen, por regla general, que en el evento que un delito sea cometido por una persona que sea declarada inimputable por el tribunal, y éste sea un sujeto peligroso, el tribunal penal se encuentra facultado para decretar en su contra una medida de seguridad, situación que no sería procedente, en el caso que los menores sean considerados exentos de responsabilidad penal. Véase los artículos 34 N°1 del Código Penal Argentino y 455° del Código Procesal Penal Chileno.

¹³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie A, n° 17, Opinión Consultiva OC-17/2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, OEA, fecha 28 de Agosto de 2002, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

Ahora bien, si partimos de la concepción propuesta de considerar a los menores de edad como persona imputables y por consiguientes sujetos de responsabilidad penal, la respuesta sobre la exigibilidad o no de responsabilidad penal respecto del menor de edad que comete un injusto penal, debe necesariamente, ser respondida en base al análisis de los otros elementos que conforman la culpabilidad penal del sujeto.

En tal sentido, la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad del hecho por parte del menor de edad se encuentra influenciada por la realidad social que se encuentra frente a él, aquella realidad que está al alcance de su mano y que la incorpora dentro de su fuero interno, la cual influye para que éste se desenvuelva ante la sociedad de una manera totalmente diversa a como lo realiza un adulto y que constituye un elemento transcendental respecto del desarrollo de su personalidad y de la manera en como empieza a tomar conciencia de la sociedad.

En consecuencia, la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad del hecho por parte del menor de edad, debe buscarse dentro de la realidad social en la cual éste se encuentra inmerso, es decir, la realización del injusto penal que se le imputa tiene que tener un contenido cultural importante que permita su potencial conocimiento por parte del menor de edad dentro de su realidad social, situación a mi parecer, que solo presentarían aquellas conductas nucleares del derecho penal que mencioné al analizar la imputabilidad del menor y que coinciden con las estadísticas propuestas sobre la delincuencia juvenil.

Por su parte, la construcción moral del menor de edad termina por configurar, en mi opinión personal, el análisis respecto de la culpabilidad penal del menor de edad, por cuanto este último elemento debe constituir, en definitiva, el elemento que nos permita entregar una respuesta satisfactoria a la pregunta de investigación.

De acuerdo con los planteamientos propuestos en el análisis de la ausencia de causas de exculpación respecto del menor de edad, y en particular, con la construcción psicológica de las teorías de desarrollo moral propuestas por Piaget y Kohlberg,

podemos concluir que el razonamiento moral de una persona surge como el resultado de un proceso de interacción con distintas personas y ambientes, en definitiva, de un proceso que no tiene su inicio autónomo en la persona del menor y que por el contrario se ve influenciado por una serie de estímulos que terminan en definitiva por construir su razonamiento moral.

La construcción moral de las personas tiene una enorme influencia en el respecto que éstas pueden tener por el ordenamiento jurídico vigente y, en último término, por el mantenimiento de la estructura organizacional en la cual se encuentran inmersas y que termina por configurar, en primer término, su realidad cotidiana y, en definitiva, la realidad social a la cual pertenecen. En tal sentido Luigi Ferrajoli sostiene que “el derecho (o la libertad) moral o político de la desobediencia es correlativo a la obligación política de obediencia a las leyes que incumbe, aun con sus aporías, a los funcionarios investidos de poderes públicos. La separación entre derecho y moral que está en la base del estado de derecho asume así dos diversas y opuestas valencias axiológicas: mientras en el nivel institucional comporta la (relativa) autonomía del derecho respecto de las personales opciones ético-políticas de quien está encargado de aplicarlo, en el nivel individual y social consiste, por el contrario, en la (absoluta) autonomía de la moral frente al derecho y las instituciones”¹³⁶.

En consecuencia, si se quiere construir una respuesta respecto de la exigibilidad de una responsabilidad penal respecto del menor de edad, tal respuesta, debemos buscarla dentro de la construcción moral de éste y la posibilidad que pueda responder a las exigencias propuestas por el mecanismo formalizado de control social en que consiste el derecho penal. En tal sentido, de las formulaciones propuestas en la materia por Piaget y Kohlberg, ambos autores coinciden en que existe un paso fundamental en la construcción moral del menor de edad,

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995, págs. 930-931.

esto es, el traspaso desde una concepción heterónoma de la moral, a una concepción autónoma de la moral, es decir, el traspaso por parte del menor, desde una concepción de la moral caracterizada por el parámetro del cumplimiento de la imposición paterna o de la autoridad como significado de correcto o justo y el incumplimiento de la imposición paterna o de la autoridad como injusto o incorrecto, hacia una concepción de la moral caracterizada por su propia consideración de lo correcto o incorrecto de las conductas en consideración de sus pares y del resto de los miembros que conforman su realidad social.

La exigibilidad de una responsabilidad penal por parte del menor de edad debe fundamentarse, en mi opinión, en la etapa moral en donde éste sea capaz de razonar en su fuero interno que su conducta afecta intereses legítimos de otras personas y que esta conducta lesiva no debería ser realizada, a fin de no lesionar aquellos intereses ajenos, y no por una orden emitida por la figura paterna o de la autoridad.

En definitiva, la exigibilidad de una responsabilidad penal debemos fundamentarla sobre los tres pilares básicos propuestos en este trabajo, es decir, la consideración del menor de edad como una persona imputable, en relación a una serie determinada de delitos que éste puede cometer, la posibilidad limitada de conocimiento de la antijuricidad del hecho, en relación a esta serie determinada de delitos y el desarrollo de una moral autónoma por parte del menor que legitime una sanción penal por la realización de una conducta que es producto de un razonamiento interno propio.

Por último, la interrogante que queda por determinar sobre esta materia, se enlaza con la pregunta ¿a partir de qué momento el menor de edad adquiere el nivel de desarrollo cognitivo necesario para responder a estas exigencias propuestas? Tal respuesta requiere de un análisis interdisciplinario y debería enfocarse idealmente en una consideración individual por sobre una consideración de grupo, pero en mi opinión, considero que podemos fundamentar un punto de partida respetuoso de la dignidad humana inherente a todos los menores de edad,

en el hecho de fundamentar la exigibilidad de una responsabilidad penal en atención a la diferenciación que existen entre las categorías de niño propiamente tal y adolescente, estableciéndose de esta manera políticas criminales que excluyan al primero de toda sanción penal que pudiese imponerse en su contra y de toda injerencia estatal y exigiéndole al segundo un nivel de responsabilidad penal proporcional a su condición de persona que se encuentra en un proceso de desarrollo cognitivo, emocional y social.

Las decisiones político criminales tendientes a aumentar las penas aplicables a los menores de edad y rebajar la edad de punibilidad de éstos constituyen, a mi juicio, una tendencia equivocada sobre la manera en cómo se debería afrontar la problemática de la delincuencia juvenil y la sanción penal de los menores de edad.

La imposición de sanciones penales respecto de los menores de edad debiera fundamentarse en una corriente prevencionista y no retributiva, puesto que nos encontramos frente a un sujeto con un grado de desarrollo personal distinto que al de la mayoría de los miembros de la sociedad, y ante tal situación, debiera el Estado ofrecer una respuesta punitiva distinta.

Por lo demás, tal ámbito de prevención debe ser desarrollada por el Estado dentro de otras ramas de la sociedad, como es el caso de políticas públicas relacionadas con una buena educación y con la entrega de verdaderas posibilidades de desarrollo personal y laboral que permitan que los menores de edad no sucumban ante la factibilidad de llevar adelante una conveniente vida delictual.

Los menores delincuentes constituyen una minoría en la población nacional, pero no por tal motivo el Estado debiera dejarlos entregados a su propia suerte, puesto que constituye un deber imperativo del Estado entregarle a éstos una ayuda que les permita tener un futuro en donde sean miembros honorables de la sociedad, donde no sean etiquetados de delincuentes y que puedan entender por sí mismos, que el camino del delito no es el camino correcto a tomar y por sobre todo no es el camino por donde deba transitar una persona a tan temprana edad.

V. Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Segunda Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.

BECKER, Howard, *Outsiders*, Primera Edición Reimpresión, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.

BELOFF, Mary, Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar, en la Revista "*Justicia y Derechos del Niño*" Número 1, UNICEF, 1999.

BELOFF, Mary, "Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)", en la Revista "*Justicia y Derechos del Niño*" Número 8, UNICEF, 2006.

BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas, *La Construcción Social de la Realidad*, Primera Edición Reimpresión, Amorrortu, Buenos Aires, 1999.

BLANCO, Celia, "Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores", en Nuria GONZALEZ (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Tomo II*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2006.

BROADBENT, Donald, *Perception and Communication*, Pergamon Press, Oxford, 1958.

BUSTOS, Juan, *Derecho Penal del Niño-Adolescente*, Jurídicas de Santiago, Santiago, 2007.

CORDOBA RODA, Juan, *El Conocimiento de la Antijuricidad en la Teoría del Delito*, Segunda Edición Reimpresión, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

CRIVELLI, Aníbal, *Derecho Penal Juvenil*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

CIDH, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe “*Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*”, OEA, aprobado por la CIDH con fecha 13-07-2011.

Corte IDH, seria A, n° 17, Opinión Consultiva OC-17/2002, “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”, OEA, fecha 28-08-2002.

CURY, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Octava Edición, PUC, Santiago, 2005.

D’ALESSIO, Andrés (director), *Código Penal Comentado y Anotado Parte General*, La Ley, Buenos Aires, 2005.

D’ANTONIO, Daniel, *El Menor ante el Delito*, Tercera Edición, Astrea, Buenos Aires, 2004.

DAVID, Pedro, *Sociología Criminal Juvenil*, Sexta Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995.

FREEDMAN, Diego, “La Edad en el Derecho Penal Juvenil”, en Mary BELOFF (directora), *Estudios sobre la edad penal y derechos del niño*, AD-HOC, Buenos Aires, 2013.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*, Segunda Edición, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010.

GARÓFALO, Raffaele, *La Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*, Reimpresión, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

KOHLBERG, Lawrence, *Psicología del Desarrollo Moral*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1992.

MANSILLA, María Eugenia, “Etapas del Desarrollo Humano”, en la Revista “*Investigación en Psicología*” Volumen 3 Número 2, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2000.

MATHIESEN, Thomas, *Juicio a la Prisión*, Ediar, Buenos Aires, 2003.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Novena Edición Reimpresión, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2015.

MINISTERIO PÚBLICO CHILE, División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de Gestión de la Fiscalía Nacional, Informe “*Boletín Estadístico Anual Enero-Diciembre 2015*”, 2016.

PEREZ VAQUERO, Carlos, “La Justicia Juvenil en el Derecho Internacional”, en la Revista “*Derecho y Cambio Social*” Número 36, 2014.

PIAGET, Jean, *El Criterio Moral en el Niño*, Martínez Roca, Barcelona, 1984.

PLATT, Anthony, *Los “Salvadores del Niño” o La Invención de la Delincuencia*, Tercera Edición, Siglo XXI, Ciudad de México, 1997.

PROCURACIÓN GENERAL de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Departamento de Estadísticas de la Procuración General, Informe “*Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil: IPP iniciadas por Bien Jurídico Protegido. Total Provincial. Año 2015*”, 2016.

ROBINSON, Paul y DARLEY, John, *Does Criminal Law Deter? A behavioural science investigation*, 2004.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura del Delito*, Primera Edición Reimpresión, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2015.

SBOCCIA, Patricia, *El Problema de los Menores en Situación Irregular*, Jurídica de Chile, Santiago, 1971.

SIEGEL Larry, WELSH Brandon y SENNA Joseph, *Juvenil Delinquency. Theory, Practice and Law*, Ninth Edition, Thomson Wadsworth, United States of America, 2006.

SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Perspectivas sobre la Política Criminal Moderna*, Abaco, Buenos Aires, 1998.

SUTHERLAND, Edwin y CRESSEY, Donald, *Criminology*, Tenth Edition, J. B. Lippincott Company, United States of America, 1978.

- TENCA, Adrián, *Causas del Delito y Teoría de la Pena*, Abaco, Buenos Aires, 1997.
- WALTER, Joachim, “Estudios de Reincidencia: Fenómeno a estudiar para el diseño de un sistema de ejecución de la pena juvenil”, en la Revista “*El Observador*” Número 5, Servicio Nacional de Menores, 2009.
- WATZLAWICK Paul, HELMICK Janet y JACKSON, Don, *Teoría de la Comunicación Humana*, Cuarta Edición, Herder, Barcelona, 1985.
- YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los Principios Penales*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- ZAFFARONI Eugenio, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, Segunda Edición, Ediar, Buenos Aires, 2002.