

LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE CHILENA FRENTE A LA CONSOLIDACIÓN DE UN MODELO POLÍTICO DE LEY Y ORDEN: LA CULPABILIDAD COMO CRITERIO LIMITADOR

Jonatan Valenzuela Saldías*

¶ *Introducción.*

El derecho penal de adolescentes constituye un punto sensible en el modo de articulación de la persecución penal del estado. Sin duda los intentos de implementación de la ley 20.084 han dado lugar a cierto nivel de debate político que roza los supuestos básicos de toda comprensión de castigo: o se castiga a los propios, a los iguales, o se castiga a “*otros*” ajenos a nuestra comprensión de iguales¹.

En gran medida el debate está teñido por la segunda de las opciones. La buena nueva de la reforma penal juvenil chilena parece ser una buena nueva para nosotros quienes presenciaremos su cada vez más eficiente implantación, sin embargo ¿será necesariamente una buena nueva para los infractores?

Creo que definir el *ethos* del menor infractor chileno es una labor que excede con creces las coordenadas de una discusión vinculada al derecho, por intensos que sean los esfuerzos por acercar el problema a la clave política. Sin embargo creo también que no es posible diseñar análisis políticos sin consideración al modo en que el castigo del menor se encuentra presente en la comunidad.

Las líneas que siguen son un intento de construcción de un análisis crítico bajo ciertas premisas políticas sobre lo que ideas como “lo bueno”, o “lo justo” resultan relevantes. Desde luego que el abandono de la candidez propia del nivel académico obliga a mirar con desconfianza estas ideas de referencia.

Por lo pronto el lector podrá darse cuenta que existen ideas en este trabajo vinculadas a ciertas concepciones de derecho fundamental y sobre todo, a cierta función de la idea de derecho fundamental frente al derecho penal. Sin perjuicio de abordar el punto más adelante, esta introducción tiene por fin hacer patente el compromiso con una idea política del derecho penal que se construye, a estos efectos, en tres niveles:

El presente trabajo constituye un borrador en elaboración y ha sido pensado como material de apoyo para los alumnos del curso “*Seguridad Ciudadana: Aspectos Penales*” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Se encuentra prohibida la cita o reproducción sin autorización expresa del autor.

* Abogado. Profesor Invitado del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Investigador del Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ Como ha apuntado acertadamente además Loic Wacquant, el derecho penal de adolescentes es uno de los puntos de conquista de los planes políticos de tolerancia cero. Vid. Wacquant, Loic, “*Las cárceles de la miseria*”, editado por Manantial, Buenos Aires, 2004.

- (a) *Existen derechos fundamentales reconocibles en el nivel constitucional:* estos derechos fundamentales según la tesis aquí defendida admiten tres estructuras, o bien son *derechos de defensa* (cuya máxima consecuencia es el reconocimiento de un intenso ámbito de intangibilidad del contenido del derecho para su titular), bien *derechos de prestación* (aquellos cuya satisfacción requiere un hecho de reconocimiento o de operatividad de cargo estatal), bien son *derechos de igualdad* (estos denotarían más bien una referencia o comparación por ejemplo de ámbitos de intangibilidad que deben ser satisfechos, generando entonces a partir de la comparación bien un derecho de prestación, o bien una acción protectora con base en un derecho de defensa)²;
- (b) *Esos derechos fundamentales son predicables respecto de los menores de edad:* en satisfacción, justamente, de un derecho fundamental de igualdad, no existe apoyo institucional en el sistema chileno para predicar *prima facie* desigualdad estructural;
- (c) *Esos derechos fundamentales que existen respecto de los menores se relaciona con el derecho penal limitando su acción:* es decir al derecho penal no le es indiferente el *cuanto* de afectación desde la perspectiva de los derechos involucrados por una decisión inculpativa ya sea en el nivel conminativo, adjudicativo o de ejecución del plan punitivo estatal.

Por supuesto que el punto exacto de alcance de estas decisiones es polémico y escapa a los márgenes de este trabajo, que tiene como pretensión general otorgar un análisis con base en la que creo es una razonable interpretación de las normas contenidas en la ley 20.084 de la mano del intento de descifrar el plan político que informa la reforma penal de adolescentes.

¶ *La ley 20.084 como parte de un discurso (re)democratizador.*

La ley 20.084 ha sido vista de manera habitual como un avance desde la perspectiva de racionalización de la persecución penal relativa a adolescentes, todo con miras a una cada vez más correcta satisfacción a los marcos de un estado democrático de derecho.³

Esta pretensión se encuentra acompañada por la constatación más o menos habitual en el contexto académico de un “movimiento democratizador” en el contexto latinoamericano propio del “regreso” al ejercicio democrático vivido por

² Esta estructura, por supuesto, no es original, y ha sido propuesta por cierta dogmática constitucional alemana, al respecto vid. Borowsky, Martin, “La estructura de los derechos fundamentales”.

³ Para una revisión de evaluación general con la introducción de la ley 20.084 debe verse Berríos, Gonzalo, “Nuevo sistema de justicia penal para adolescentes” en Revista de Estudios de la Justicia número 6, Editada por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2006.

Latinoamérica hacia finales de la década de los 80 y comienzos de los 90⁴. Se sostiene además que este proceso, especialmente en materia de derecho penal juvenil, presenta características especiales vinculadas a su implantación en Latinoamérica distinguiéndolo de sus antecedentes en el derecho europeo como en el derecho norteamericano.

Hasta aquí tenemos que dado el retorno al ejercicio democrático se dota de contenido a un plan de respeto efectivo y promoción de los derechos fundamentales entendidos bajo la idea de garantías del ciudadano frente al estado. De hecho la asunción del modelo procesal penal acusatorio frente al modelo inquisitivo contiene la identificación de la “antigua situación” con la administración de justicia propia de regímenes de fuerza que no tienen dentro de sus claves de actuación la “autolimitación” por consideración de los derechos afectados.

En materia penal adolescente el avance se expresa en la sustitución del denominado “modelo o paradigma tutelar” por el “modelo o paradigma de la protección integral”.

El “modelo tutelar” está caracterizado como un modelo que no se comprende como un modelo de administración de justicia propio de un estado democrático de derecho. Menciones como la ausencia de las formas mínimas de juicio, la imposibilidad de ejercer una defensa de los intereses del imputado en forma, y el desinterés del sistema de establecimiento de responsabilidad penal por definir con total acuciosidad la comisión de un delito son rasgos propios de un sistema que en Chile coincide con el ejercicio del poder por parte del gobierno militar existente entre 1973 y 1990. En otros términos, la justicia irrespetuosa de los derechos de los ciudadanos sometidos a una imputación penal parece, en países como Chile, estar situada como conquista de la dictadura militar. Por otro lado, la justicia que se construye sobre la base del respeto de los derechos de los ciudadanos y ante todo, limita su actuación considerando invulnerable ciertos ámbitos privados de los ciudadanos contiene en alguna dimensión, un compromiso democrático. En esta medida es clara la coincidencia que existe entre el modelo de intervención “tutelar” en materia de menores y el modelo “inquisitivo” en el ámbito procesal penal (de hecho ciertas críticas como las decisiones sin forma de juicio coinciden desde el punto de vista de los hechos contenidos en ellas).

Así se explica la clásica mención de la ley 16.618 como una ley “tutelar”, esto es, propia de un paradigma que posibilita una intervención que desprecia los límites de un derecho penal del hecho (y construido sobre la culpabilidad) acercándose a un derecho penal de autor. El ejemplo más clásico es el trato a la idea de “situación irregular” entendida como criterio que permite la intervención estatal más allá por ejemplo de la determinación de culpabilidad efectiva del adolescente infractor. Es decir, un sistema que comprende como legítimas sus intervenciones punitivas más allá de la satisfacción de criterios de establecimiento de la verdad acerca de la culpabilidad en el ámbito procesal penal.

⁴ Puede consultarse al respecto Beloff, Mary, “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”.

Es claro que la idea del paradigma tutelar además se encuentra relacionada con el derecho penal de autor. Que, en el contexto de nuestra antigua ley de menores, un juez pudiera internar a un menor dada su condición y medios sociales nos aleja de los parámetros del denominado derecho penal del hecho, es un derecho penal en que la definición del sujeto a modificar es el centro del sistema penal.

Quizá una respuesta tradicional a este punto implicaría necesariamente la coincidencia entre el avance “*ilustrado*” en materia penal que rodea a la idea de garantías y el avance que habitualmente se afirma como objetivo en materia penal adolescente que consiste en superar el modelo “tutelar” y reemplazarlo por el “modelo de la protección integral”.

¶ *La política de ley y orden en los contornos de la ley de responsabilidad penal adolescente.*

Sin embargo debemos agregar un segundo aspecto de avance en el ámbito político. La ley 20.084 surge en el sistema chileno en un momento en que el discurso público se construye en torno a conclusiones “*peligrosistas*”, se habla de la lucha contra la delincuencia, de las zonas de riesgo al interior de las ciudades, de carrera delictual en el caso de los jóvenes. Si uno lo ve en términos políticos, lo que tenemos consolidado en el discurso público es la idea de que los delincuentes son “*otros*” que se definen bajo estándares de comportamiento “*diversos*” al de los “*buenos ciudadanos*” y que deben ser combatidos por medio de la herramienta penal.

En el caso de los menores, el fenómeno puede tornarse cruento. Es claro que el menor infractor -a diferencia de lo que ocurría bajo la idea de modelo tutelar- es un sujeto peligroso “*en formación*” que sin duda en caso de no padecer un castigo lo suficientemente convincente volverá sobre la comunidad agrediéndola por medio de la comisión de nuevos delitos.

La variable de consolidación del ejercicio democrático propuesto ya desde el mensaje con que se acompaña al proyecto de ley 20.084 se ve entonces acompañada por la consolidación de un modelo político de “*ley y orden*” propugnado también en el ámbito de la política criminal como “*tolerancia cero*” desde el momento en que se construye pensando en la eficiencia del sistema. En clave política es un modelo de responsabilidad penal adolescente que lleva sobre sí la carga discursiva propia de las reformas latinoamericanas pero que sin duda – entre otros por el momento en que surge- lleva junto a ella, la carga discursiva de la eficiencia del sistema en tanto herramienta para combatir a un “*delincuente peligroso*”.

Así, la tesis defendida es que la ley de responsabilidad penal adolescente *no sólo* es una noticia de cumplimiento de un plan de afianzamiento del respeto a los derechos fundamentales de los menores en tanto sujetos enjuiciables por los mecanismos establecidos en esta ley, sino que *además* es fruto de la consolidación del discurso político propio de doctrinas de ley y orden que circundan el denominado derecho penal de la seguridad.

La ley 20.084 ve la luz el año 2005, esto es 15 años después del momento de inicio de la reforma constituido en el contexto latinoamericano por el “*Estatuto de la niñez y la adolescencia*” brasileño de 1990, teniendo que convivir necesariamente con el advenimiento de ideas propias de la tolerancia cero que han generado en Chile una especie de consenso en el nivel político.

Así las cosas, el proceso chileno ve involucrada en su reforma al sistema de justicia de adolescentes no sólo pretensiones de ajuste al ejercicio democrático sino que además padece el ingreso de la idea de combate a la delincuencia y de aumento de las medidas de control del fenómeno delictual.

La política de ley y orden constituye un programa político en que el contenido parece ser difuso. No podría identificarse con determinada teoría de la justicia en la comunidad, parte de la premisa de la existencia de un fenómeno delictual más o menos desatado y propone el endurecimiento de las medidas de persecución en el contexto de la conminación (articulación de más y “mejores” tipos penales), de la adjudicación (procesos más rápidos y con resultados más evidentes de encarcelamiento) y de la ejecución penal (se actúa bajo la premisa de que el encierro en la cárcel “*funciona*” y que deben mejorarse las condiciones de administración al interior de las mismas).

Lo que se busca, es que se construyan mecanismos institucionales tendientes hacia la intensificación de las medidas de control penal aún a costa de ciertos parámetros de limitación mínima conforme a lo que se ha denominado “*paradigma clásico*”⁵.

Una idea especialmente relevante a este plan político es la idea de “*delincuente peligroso*”. Sirven a estas ideas la generación de coordenadas de identificación de ese “*delincuente*”. En el ámbito de los menores infractores la cuestión parece especialmente clara: determinada forma de vestir, determinado manejo del lenguaje, determinados códigos y costumbres dan por conclusión la existencia de un delincuente en los términos perseguidos por el discurso político.

Esto es fruto desde luego de un determinado plan que dota de sentido a la persecución penal: la delincuencia es un nicho que comunicacionalmente genera un escenario estratégico favorable al sector que asuma el “*problema real*” del delito. Sin embargo, tal consolidación no sólo ha alcanzado los contornos de la política criminal, sino que además ha sido tenido en cuenta para la articulación de explicaciones con pretensiones constatativas y no valorativas del sistema de persecución penal.

⁵ Respecto a la situación del denominado paradigma clásico y el nuevo paradigma debe verse en el ámbito nacional el trabajo de Bascañán, Antonio, “*Derechos Fundamentales y Derecho Penal*”. En términos simples, la función de la idea de derechos fundamentales frente al ejercicio de la potestad punitiva estatal tiende a la limitación de este por la existencia de esos derechos. Tal relación hoy no es totalmente pacífica, dada la identificación entre objetos de protección (que legitiman la intervención punitiva estatal) y derechos fundamentales, esto es aquellos entes llamados a la limitación como función tradicional, hoy traen sobre sí una función de legitimación del derecho penal, esto es, lo provocan.

No es extraño entonces, que pueda situarse a nuestra ley 20.084 como parte integrante del “nuevo derecho penal”, esto es del derecho penal de la “seguridad”⁶ en tanto se encuentren rasgos que evidencien la pretensión efficientista como parte de la función de la ley en la comunidad.⁷

El punto que se ha tomado como referencia en el presente trabajo son las denominadas “medidas alternativas a la pena privativa de libertad” y la denominada “intervención socioeducativa”.

A continuación revisaremos el punto de ejecución de esta pretensión política en torno a las “medidas alternativas a la pena privativa de libertad” y a la idea de “intervención socioeducativa” en el contexto de ley 20.084.

¶ *Primer rasgo: Las alternativas a la pena privativa de libertad.*

La ley 20.084 ofrece dentro de sus novedades un amplio abanico de alternativas a la pena privativa de libertad. Así desde el artículo 6 en adelante se describen una serie de alternativas a lo que comprendemos como pena privativa de libertad: la libertad asistida especial, la libertad asistida, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad y la reparación del daño causado, todas para el caso de delitos. En caso de encontrarnos frente a faltas se contemplan: la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, la reparación del daño causado, la multa y la amonestación. Se agrega como pena accesoria la prohibición de conducir vehículos motorizados.

Como se sabe, un punto de la mayor relevancia en el ámbito de las reformas al sistema de justicia penal de adolescentes está dado por la aplicación idealmente marginal de la pena privativa de libertad, dada la existencia de características especiales del menor como sujeto de intervención, dada por ejemplo su permeabilidad a la des-socialización, por ello existe una: [...] *necesidad de considerar e incluso contextualizar a la sanción penal juvenil como un régimen especial, caracterizado por la inclusión de elementos y factores que tiendan a minimizar o evitar los efectos desocializadores propios del proceso y la sanción*⁸

Esta pretensión descansa, desde luego, en la confianza de una premisa criminológica, el menor merece la aplicación marginal de la pena privativa de libertad. En la medida que esa premisa es considerada cierta, todo el sistema debe tender a la apertura del abanico de medidas alternativas a la pena privativa de

⁶ Para una explicación acabada del alcance de la expresión “derecho penal de la seguridad” debe verse Diez Ripollés, “Del derecho penal del enemigo al derecho penal de la seguridad: un debate desenfocado”, en Revista Electrónica de Ciencias Penales, disponible en <http://criminet.ugr.es>.

⁷ Al respecto puede revisarse la abundante información periodística disponible ante la próxima implantación de la ley 20.084. Si uno quisiera reducir un grupo de argumentos, debería reducirlos a la sospecha de resultados “eficientes” entendidos éstos como casos en que el infractor no “saldrá del sistema” sin contar con la compañía estatal expresada en los distintos tipos de programa presentes en la ley.

⁸ Vid. Maldonado, Francisco, “La reforma al derecho penal y procesal penal juvenil”, en “Estado de derecho y reformas a la justicia”, editado por la Universidad de Heidelberg – Heidelberg Center para América Latina, el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la California Western School of Law y la GTZ – Cooperación chileno-alemana, páginas 132 y siguientes.

libertad cada vez que identifique como sujeto de la intervención al menor que de por sí merece un trato que marginalice el encierro como cuestión estructural.

Por otro lado, es claro que en la petición de “especialidad” propia del derecho penal juvenil nos encontramos con la idea de “*diversión*” o “*diversificación*”⁹ que busca específicamente cortar con la cadena conminación-adjudicación-ejecución de la pena, justamente en el momento de la ejecución de la pena, cambiando la entidad tradicional del encierro por alguna de las medidas puestas a disposición de la comunidad por el legislador.

Un punto de la mayor relevancia es el reconocimiento del carácter de penas de estas medidas. La existencia de una serie de medidas alternativas al encierro, comparados precisamente con la hipótesis de encierro, desde luego suele ser vistas como un avance hacia un derecho penal disminuido o limitado. Sin embargo debe reconocerse que en el momento de adjudicación de una medida alternativa como las contenidas en la ley 20.084 lo que se está expresando es ante todo reproche penal, esto es una consecuencia nefasta para los intereses del ciudadano que padece la medida.¹⁰

Así el eufemismo en torno a la “*gracia*” contenida en la adjudicación de estas medidas debe ser desechado por el intérprete y en principio debe verse a esta adjudicación como el establecimiento de responsabilidad total del adolescente. En otros términos si estamos en presencia de una manifestación de “*diversión*” en el contexto penal adolescente, esta *diversión* se expresa en el nivel del “cómo” se padece el castigo, la pregunta por el “qué” se mantiene con respuesta uniforme tanto tratándose de una medida alternativa como de una pena privativa de libertad en términos canónicos.¹¹

¶ *Segundo rasgo: la intervención educativa.*

Un punto de mayor polémica es verificar como junto a la existencia de muchas alternativas a la pena privativa se encuentra aparejada una pretensión de la aplicación de la pena que parece ser propia de este tipo de atribución de responsabilidad penal: la pretensión educativa o reintegradora que nuestra ley 20.084 contiene desde la mención al interés superior del adolescente contenida en el artículo 2, en la expresión de la función del castigo penal para adolescentes contenido en el artículo 20, ambas con proyección en las distintas sanciones contenidas entre los artículos 6 a 19.

⁹ Sobre la idea de *diversión* en el derecho penal adolescente vid. por todos Albrecht, Peter, “*El derecho penal de menores*”.

¹⁰ Sobre este alcance de las medidas alternativas presentes en la ley 20.084 vid. Morales Peillard, Ana María, “*Las salidas alternativas y las sanciones no privativas de libertad de reparación del daño y servicios en beneficio de la comunidad en el subsistema de responsabilidad penal de adolescentes infractores a la ley penal*” en Revista de Estudios de la Justicia número 7, Editada por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2006.

¹¹ Sobre el trato por medio de eufemismos como expresión del paradigma tutelar en el derecho penal juvenil vid. do Amaral e Silva, Antonio Fernando, “*La “protección” como pretexto para el control social arbitrario de los adolescentes o la supervivencia de la “doctrina de la situación irregular*” en García Méndez, Emilio (compilador), “*Adolescentes y responsabilidad penal*”, Editado por Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

A efectos de este análisis debemos centrarnos en dos problemas. Por un lado determinar el sentido del artículo 2 con miras a la intervención educativa global, es decir, como herramienta para justificar la intervención penal adolescente. Por otro lado, debemos determinar la exacta configuración del sentido de la pena expresado en el artículo 20 de la ley 20.084.

El artículo 2 señala:

“Artículo 2. Interés Superior del Adolescente. En todas las actuaciones judiciales o administrativas, relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

En primer término uno debe plantear la pregunta sobre cual es la intensidad del interés superior del adolescente. De acuerdo a la construcción legal de esta idea se trata de un valor que se expresa en el reconocimiento y respetos de los derechos del adolescente. Este es un punto de la mayor relevancia.

Puede levantarse sobre este artículo 2 el siguiente argumento: el interés superior del adolescente es el principio ordenador de la actividad punitiva en materia de adolescentes por lo que en todos los casos de aplicación de la ley 20.084 debe dejarse satisfecho este “principio”. Luego, ante la posibilidad de colisión entre el interés superior del adolescente y sus decisiones autónomas puede ser un resultado aceptable la lesión de la decisión autónoma por preferencia del interés superior.

Si esta premisa es cierta, entonces este artículo 2 define la materialidad de las sanciones en el ámbito penal juvenil y cuando el artículo 20 trae consigo la mención a una “intervención socioeducativa amplia” lo que trae es la satisfacción de criterios de socialización con miras a la satisfacción de este principio.

La pregunta que a esta tesis queda pendiente es quién es el llamado a determinar cuales son los intereses específicos que integran la categoría interés superior del adolescente.

Aquí la respuesta debe vincularse a la idea de derecho fundamental. Parece ser que en una segunda lectura el artículo 2 de la ley 20.084 expresa una regla de reconocimiento de derechos fundamentales para los adolescentes infractores. De ahí el sentido de la frase relativa a la expresión en el reconocimiento y respeto de los derechos de los adolescentes. En esta medida el artículo 2 es una regla de construcción de la intervención penal juvenil¹², que trae consigo la estructura de la idea de derecho a la hora de permitir y diseñar la intervención.

¹² Este punto tiene proyección en otro problema. Bajo ciertas ideas de imputación de responsabilidad la participación en el tráfico democrático es presupuesto de la imputación, ya que sólo aquellos a quienes se reconoce capacidad de configuración de los estándares de conducta de la comunidad son capaces de responsabilidad. El sujeto que ha sido excluido de este tráfico por definición no puede ser

En este punto la tensión entre necesidad de intervención que puede resultar funcional por ejemplo, a medios instrumentales, como la salud, la integridad corporal y otros del adolescente, debe pasar por el *test* de reconocimiento expreso de derechos fundamentales, el que claramente requiere, en caso de lesión del contenido de una decisión autónoma amparada por el derecho, de un acto de manifestación de la personalidad del titular de ese derecho para entender que se interviene legítimamente. En otros términos, si el artículo 2 de la ley 20.084 tiene el sentido de ser una regla de llamada a la idea de derecho fundamental como cuestión relevante en el diseño del castigo del adolescente, su única vía legítima de intervención es la expresión de consentimiento del menor.¹³

El artículo 20 de la ley 20.084 contiene una declaración sobre el sentido de la pena en el ámbito del derecho penal juvenil chileno:

“Artículo 20. Finalidad de las sanciones y otras consecuencias. 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”

La función de la pena en el contexto del derecho penal juvenil chileno se construye sobre tres ejes:

- a) *La responsabilización*: Ante todo el primer punto perseguido por la ley 20.084 es responsabilizar al adolescente. Al respecto se ha dicho que se asume “[...] explícitamente el carácter sancionatorio y retributivo de las penas, lo cual si bien puede criticarse desde la perspectiva de los fines de la pena, es positivo en cuanto reconoce que las sanciones son un “mal” que afectan severamente los derechos de un sujeto, terminando así con los “eufemismos de la bondad” que en materia de “derecho de menores” históricamente han servido de justificación de graves violaciones a los derechos de los niños.”¹⁴ Creo que tal conclusión es posible pero requiere de una consideración especialmente relevante en el ámbito de la pena meramente retributiva: la magnitud de la culpabilidad del menor en el ámbito de la ley penal juvenil. Al respecto nos referiremos inmediatamente, pero valga por ahora la mención relativa a que la conclusión es aceptable en cuanto se construye sobre una determinada idea de culpabilidad y pone por

responsabilizado ya que no tiene en sus manos la posibilidad de configurar el reproche. Este será el caso de los menores de 18 años, quienes en el sistema chileno no pueden votar, luego, no pueden incidir de manera decisiva en las decisiones comunitarias por ejemplo, sobre responsabilidad penal adolescente. Así las cosas el sentido que se ofrece aquí al artículo 2 de la ley 20.084 tiene sobre sí esta carga discursiva, viene a restaurar el sentido de la imputación de responsabilidad penal juvenil trayendo todos los derechos fundamentales a la titularidad del menor, la que al menos a la hora de configurar el castigo tiene que tener un peso especialmente relevante. Sobre esta idea de exclusión del tráfico democrático e imputación penal en el ámbito chileno vid. Mañalich, Juan Pablo, “Pena y ciudadanía” en Revista de Estudios de la Justicia número 6, Editada por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2005.

¹³ Desde luego esto no implica que el adolescente tenga que dar su consentimiento para padecer la pena, el reproche está contenido en otro eje del castigo, la responsabilización contenida en el artículo 20 de la ley 20.084.

¹⁴ Vid. Berríos, Gonzalo, Cit. “El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes”.

su sola presentación en entredicho a los dos ejes restante contenidos en el mismo artículo 20.

- b) *La intervención socioeducativa amplia*: la intervención socioeducativa en los márgenes del artículo 20 de la ley 20.084 constituye un *extra* a la pena de acuerdo a la anterior conclusión. Es claro que la pena se declara como responsabilizadora, y que su objetivo central es sancionar. Pero ¿además se interviene? Bajo la actual redacción del artículo 20 la intervención socioeducativa es un padecimiento *extra* en el cual se sitúa al castigo. ¿Es explicable por medio de la idea culpabilidad?, si consideramos que la culpabilidad sirvió de centro de construcción de la responsabilización, y si además tenemos en cuenta que lo que será visible serán las necesidades del menor, lo que tenemos es que la pretensión educadora lo que contiene en realidad es la pervivencia de la doctrina de la situación irregular. Hoy, el reproche se construye de manera más sofisticada que bajo el amparo de la ley 16.618, se construye con la culpabilidad como medidor de la magnitud del injusto, sin embargo, una vez realizado ese ejercicio, parece ser que se sitúa al resultado en los márgenes de una intervención que tiene a la vista las necesidades del menor.
- c) *La tendencia a la resocialización*: El artículo 20 de la ley 20.084 termina con la expresión “orientada a la plena integración social”. Esta frase parece tener por función dirigir el sentido del plan de intervención educativa anteriormente señalado, es decir, el legislador manifiesta su preferencia (dado que no existe una regla absoluta en la ley) porque el destino de los planes de intervención sea la inserción. Puede argumentarse que lo que tenemos en realidad es una proposición que vincula a los dos ejes precedentemente tratados. Si uno se decide por esta alternativa debe plantear dudas sobre el predicado “retribucionista” de la idea de responsabilización ya apuntado, pues la orientación a la reinserción podría colocar a la pena en posición de ser catalogada como una pena con espíritu preventivo especial, dado el tipo de utilidad que se desprendería de vincular ambas menciones. Dado el texto del artículo 20 creo que esta opción es de difícil construcción puesto que la orientación viene dada para los planes de intervención entendidos como algo “además” de la pena responsabilizadora.¹⁵

El juego recíproco del artículo 2 ya comentado y del artículo 20 tiene proyección en el modo de comprensión de las distintas sanciones descritas en la ley 20.084. Así, en clave política lo que tenemos es en primer orden, un artículo 2 que juega el papel de traer al interior del sistema de responsabilidad penal adolescente un punto clave de los supuestos de imputación: la titularidad de derechos que

¹⁵ Existe la posibilidad de encontrar en la sola idea de responsabilización una lectura de pena personalmente útil, es decir preventivo especial. Creo, sin embargo que tal consideración requiere: (1) asumir la consecuencia del hecho desvalorado penalmente como una cuestión de convicción interna del autor (el autor debería creer además en la buena valoración de su omisión a transgredir la norma), y (2) esa utilidad de la pena pugnaría con la existencia de la intervención socioeducativa, ¿qué sentido podría tener educar orientado a la reinserción si la responsabilización construye todos los ámbitos? Reconozco de todos modos que la cuestión está en términos generales abierta. Al respecto vid. Jakobs, Günther, “Sobre la teoría de la pena” en del mismo, “Bases para una teoría funcional del derecho penal”, Editado por Palestra Editores, Lima, 2000.

pueden ser opuestos al estado, es decir, se imputa responsabilidad a sujetos de derecho. Luego, el artículo 20 construye el sentido del reproche al interior del sistema: una pena retributiva, responsabilizadora, que cuenta como *plus* a la intervención socioeducativa, la que en una buena versión debe orientarse a la integración del penado a la comunidad.

Este discurso como puede apreciarse es una versión limitada de actuación del *ius puniendi* estatal en los márgenes del texto de la ley 20.084, y esa versión limitada da por resultado un derecho penal de adolescentes que aún tomándose en serio la existencia de derechos fundamentales que deben ser respetados por el estado, excede los márgenes de la culpabilidad como criterio limitador.

¶ *La culpabilidad material como criterio orientador.*

La culpabilidad como sabemos parece tener un doble papel en el contexto de la teoría general del derecho de penal. Por una parte existe un modo *formal* de entender la culpabilidad. Así se puede predicar culpabilidad formal en la medida que seamos capaces de constatar en el hecho de un sujeto el catálogo de condiciones necesarias para poder predicarlo. Así el derecho: “[...] *puede tener la pretensión de que los seres humanos capaces de motivarse se motiven de manera dominante hacia la consideración del orden, y ello, por ejemplo, puede tener lugar con los siguientes contenidos: traicionar a sus amigos judíos, espiar a sus vecinos o no realizar actos homosexuales; y debemos preguntarnos: ¿siempre hay culpabilidad cuando en esos casos falta la motivación dominante? No puede dudarse de que en sentido formal hay culpabilidad, ya que el hecho de que el destinatario no haya alcanzado la finalidad de la regla se le imputa como defecto suyo no ha demostrado la fidelidad a la norma que se le exige*”¹⁶

Esta clase de culpabilidad existe hasta en los regímenes más totalitarios, es una culpabilidad que tan sólo sirve para identificar las violaciones a reglas dadas en el ordenamiento. Pero aquí se está atribuyendo responsabilidad a un sujeto en tanto fenómeno físico no en tanto persona. El significado del hecho de una persona es valorativamente diverso al hecho de un fenómeno físico determinado: la lesión que causa una persona tiene un significado distinto a la lesión causado por un perro al interior de la comunidad.

Esto dada la existencia al interior de la comunidad de sujetos que tienen sobre sí derechos que toda la comunidad debe respetar, son derechos que constituyen al sujeto en tanto fenómeno físico en persona. Así las acciones lesivas de derechos de otros miembros de la comunidad se encuentran sujetas a un estándar comunicativo similar al que se encuentra, por ejemplo, el hecho de adjudicación de la pena estatal.

Si el sujeto a quien enfrentamos en su calidad de autor de un delito o infracción no es un sujeto-persona, es decir, los hechos a él vinculados no son puestos en el mismo nivel de comunicación que el resto de hechos de las personas en la comunidad, nos enfrentamos a un sujeto que no puede ser penado. Si los hechos vinculados a un sujeto son puesto en un lugar *menos serio* que los hechos con

¹⁶ Jakobs, Günther, “*El principio de culpabilidad*” en el mismo, “*Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*”, Editado por Palestra Editores, Lima, 2000.

que, por ejemplo, determinamos el destino de las prohibiciones penales, entonces, el reproche que debemos expresar está lejos de ser el *serio* reproche de la pena. Es claro, en este sentido, el caso del enajenado mental quien no puede ser acreedor de una pena estatal por lo cual se le otorga un tratamiento¹⁷.

Así lo relevante será determinar la posibilidad de un sujeto de entrar en contradicción con su propia constitución, es decir, su capacidad de ser vinculado a un hecho desvalorado de modo *serio* en la medida que sus decisiones son las decisiones de una persona. A este concepto de culpabilidad material se lo ha denominado como “*autocontradicción del ciudadano*” y es atribuido a Jakobs¹⁸.

Existe, empero, otra versión “*comunitaria*” de la culpabilidad material que puede ser identificada con Kindhäuser. En este terreno el punto de partida será la existencia de democracia deliberativa como estructura dentro de la cual los acuerdos comunitarios se desarrollan de manera de “generar” los espacios de materialidad y legitimidad.¹⁹

Aquí, dado el espacio de comunicación que puede utilizar el autor (autonomía comunicativa) para violar la regla del derecho (faltando a la fidelidad o lealtad comunicativa) debemos entender puesto en entredicho nuestro acuerdo en torno al seguimiento de nuestras reglas jurídicas.

En este punto –y con la atención puesta en el derecho penal juvenil- es claro que la interpretación de las reglas generales constitutivas del sistema deben considerar la relevante función de definir el ámbito de comunicación (autónomo) relevante a efectos de poder responsabilizar al sujeto en tanto persona. Un camino que omita este ejercicio interpretativo debería correr riesgos de consagrar un derecho penal de enemigos, de la seguridad, o un derecho penal que no se construye sobre la idea básica de sistema democrático. El camino de evitación de éste ejercicio nos pone en la discusión en torno al rendimiento de nuestro modelo democrático como cuestión limitadora frente al derecho penal.

Este parece ser precisamente el punto en el contexto de la ley 20.084, el sentido que demos a las reglas contenidas en el artículo 2 y en el artículo 20 deben traernos a la discusión sobre culpabilidad material, en la medida que nos entrega un contexto de discusión razonable por medio del cual podemos entender al derecho penal de adolescentes como un derecho penal construido sobre una determinada idea de autonomía comunicativa que es conciliable con el modelo de discurso democrático que podemos pretender en la comunidad.

Cuestiones como la alternatividad a la pena privativa de libertad o la intervención socioeducativa no pueden leerse en el contexto de la ley 20.084 como

¹⁷ Nótese que el caso del enajenado mental es especialmente fértil desde la perspectiva procesal. Al enajenado mental le caben una serie de dudas en su tratamiento procesal penal que sólo se explican en términos políticos, por tratarse de un sujeto cuyos hechos están en un plano de menor relevancia como cuestión erosionadora del derecho.

¹⁸ Vid. Jakobs, Cit. “*El principio de culpabilidad*”.

¹⁹ Vid. Kindhäuser, Urs, “*Derecho Penal de la Culpabilidad y la conducta peligrosa*”, Editado por la Universidad de Externado de Colombia, traducción de Claudia López Díaz, Bogotá, 1998.

si se trataran de adiciones hechas al ordenamiento con prescindencia del modelo de castigo que se construye a partir de las definiciones generales del sistema.

¶ *A modo de epílogo.*

Parece ser que una idea de culpabilidad material como la defendida precedentemente otorga al intérprete una herramienta relevante que levanta criterios en torno a la dudosa rentabilidad democrática que ciertos discursos políticos entregan al derecho penal.

Un discurso que estuviera sólo comprometido con el paradigma de ley y orden debería intentar quitarnos del centro de la discusión y llevarnos a cuestiones colaterales (tales como arquitectura, tasa de judicialización, privaciones de libertad versus denuncias y otros).

Un discurso de validación del estado democrático de derecho post dictadura militar puede llegar a contentarse con la consolidación de la doble premisa de sustitución del modelo de enjuiciamiento inquisitivo por el acusatorio y del modelo tutelar por el de la protección integral, pero este será un éxito relativo. Parece ser que el camino está dado por reconocer, junto a la articulación de diversos discursos políticos, una idea de materialidad que da no sólo límites a la culpabilidad sino también contenidos, en tanto consideramos al adolescente infractor un agente con capacidad de *yo* relevante o serio al interior de la comunidad.

Todas las reflexiones aquí presentes además descansan en la idea de considerar que el derecho integra un plan político, y que por lo mismo, expresa cierta forma de administración del poder. Cuán democrática sea la forma de comprensión de nuestros modelos de responsabilidad penal, depende, de cuán en serio nos tomemos los ámbitos de intangibilidad de los *otros* en tanto los consideremos estructuralmente iguales.