

# REFLEXIONES SOBRE LA INFLUENCIA DE LA IDEOLOGÍA EDUCATIVA EN LA REACCIÓN FRENTE AL MENOR INFRACTOR\*

Lina Mariola Díaz Cortés

## I. EL OBJETO DE DEBATE: EDUCACIÓN-COACCIÓN

En la actualidad, es una fuente de debate el tipo de respuesta institucional frente a la delincuencia de menores. Su importancia viene demarcada por sus implicaciones en

---

\* EMILIO GARCÍA MÉNDEZ. *Derecho de la infancia- Adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Bogotá, Forum Pacis, 1994, p. 38. El autor señala que la doctrina no se ha puesto de acuerdo en la utilización de los términos relacionados con la responsabilidad penal juvenil; así, se suele hablar de los derechos de los niños y de la delincuencia de los jóvenes. Por esta apreciación se entiende que en los escritos sobre derecho penal juvenil se utilicen términos diferentes: niños, adolescentes, menores, jóvenes, etc. Por otra parte señala que la utilización del término *menor* es estigmatizante ya que comprende a los individuos excluidos por los sistemas de socialización de la familia y la escuela, equiparando la condición del *menor* abandonado a la del *menor* infractor. En su escrito “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”, en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, coordinado por EMILIO GARCÍA MÉNDEZ y MARY BELOF, Bogotá, Temis, Depalma, 1999, p. 15, indica que el *niño* debe ser entendido como el menor de 12 o 13 años; por encima de esta edad se debe hablar de adolescente en un sentido jurídico. Comparte sus apreciaciones ALESSANDRO BARATTA. “Infancia y democracia”, en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, cit., pp. 41 y 42: “Se habla y se escribe siempre menos de “menores”, y siempre más de infancia, de niños y adolescentes y de sus derechos”. JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. “El régimen de la minoría de edad (art.19)”, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, Bosh, 1997, p. 187, señala que en el proyecto de Ley penal juvenil de la Generalidad de Cataluña se habla de menores –de 13 a 16 años– y de jóvenes –de 16 a 18 años–. Con el fin de guardar una concordancia, y tomando en cuenta que el término más aceptado ha sido el de *menor*, lo adoptaré en este trabajo, no bajo el esquema que alude GARCÍA MÉNDEZ sino entendiendo que es un concepto que ha sufrido evolución y que hoy identifica al menor como sujeto de derechos. Como sinónimo de este término emplearé *infancia* como categoría general.

la discusión en torno a la capacidad del Estado para cubrir las demandas de la seguridad frente a esta delincuencia, y el cuestionamiento de la específica metodología de intervención señalada en la ley<sup>1</sup>.

Centrándonos en este último punto, la vinculación de una ideología educativa con la forma y el tipo de respuesta frente a la conducta antijurídica cometida por un menor, ha sido una constante que ha acompañado en los últimos tiempos<sup>2</sup> la intervención del Estado frente a los menores infractores. Con la misma vocación de permanencia, se puede hablar de la existencia de una respuesta coactiva por parte del Estado frente a esta delincuencia, independientemente de la naturaleza que se le asigne a dicha reacción institucional. Ahora bien, este binomio *educación-coacción* constituye la base de la discusión a la que nos pretendemos acercar en el presente escrito.

El caso español es un claro ejemplo de tal asociación. En efecto, en la exposición de motivos, apartado sexto, de la Ley de Responsabilidad Penal de Menores de España, Ley Orgánica 05 de 2000, se dispone que el procedimiento y las medidas aplicables a los menores delincuentes tienen una “naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa...”.

Tal expresión sugiere un carácter mixto, en el que confluyen dos tendencias totalmente antagónicas, “una de corte clásico a través del establecimiento de los valores garantistas” del ordenamiento penal y otra, “heredera del pensamiento positivista, que encuentra su expresión en la aplicación flexible de las medidas conforme a las orientaciones de los técnicos en educación y psicología”<sup>3</sup>.

## II. LOS ORÍGENES

La connotación “materialmente sancionadora-educativa” nos remite de inmediato a la concepción de la intervención penal, argumentada en España por DORADO MONTERO (1861-1919). Su pensamiento estuvo influido por el positivismo y el correccionalismo<sup>4</sup>.

- 
1. GAETANO DE LEO y MARÍA STELLA DI TULLIO D'ELISII. “Il minore autore di reato”, GAETANO DE LEO y PATRIZIA PATRIZI. *Psicología jurídica*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 123.
  2. Tal vinculación se empieza a ver con el positivismo y el correccionalismo, en la segunda mitad y finales del siglo XIX. En este sentido, cfr. MARÍA JOSÉ CRUZ BLANCA. *Derecho penal de menores*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 2002, p. 83.
  3. MARÍA JOSÉ CRUZ BLANCA. *Derecho penal de menores*, pp. 298 y 299. JESÚS MIGUEL HERNÁNDEZ GALILEA. “El Proceso de la Ley Orgánica 5/2000” en *Sistema Español de Justicia Juvenil*, Madrid, Dykinson, pp. 71 y 72. Cuestiona la expresión usada en la exposición de motivos, “cada orden jurisdiccional [...] dispone de una normativa procesal propia que permite, entre otras cosas, tomar en consideración las peculiaridades del derecho material. Así pues resulta extraña esta diferente catalogación del proceso y el derecho material en lo que ser (sic) refiere a la Justicia Juvenil. Tal descripción [...] no puede significar sino que el legislador ha querido incorporar al proceso de menores todas las garantías del proceso penal, con independencia de que las normas materiales que en él se aplican puedan merecer otra consideración [...] Todo ello manifiesta una vez más las dudas y contradicciones del legislador”.
  4. JOSÉ ANTON ONECA. “La controversia de las teorías penales”, en *Discurso leído en la apertura del*

El autor, al igual que FERRI, consideraba que el tipo de intervención frente a los menores infractores, caracterizado como un “sistema esencialmente educativo, curativo, de ortopedia moral”<sup>5</sup>, constituía un modelo para imitar, por lo que proponía que respecto de los adultos la función social también fuera protectora y tutelar.

De esta forma, el Derecho Tutelar de Menores constituyó el triunfo absoluto de las conclusiones de la escuela positivista –así lo explicó el propio FERRI–. Esta inclinación defendió la necesidad de medidas defensivas educadoras y curativas, adaptadas más que a los pretendidos grados de discernimiento y culpabilidad moral, a la diversa peligrosidad y readaptación social de sujetos conscientes pero con voluntad no madura.

Ahora bien: si la tendencia positivista de DORADO MONTERO se inclinaba a FERRI, la correccionalista se guiaba por el pensamiento de RÖDER<sup>6</sup>, uno de sus principales exponentes<sup>7</sup>. Este autor entendía la pena como el medio racional y necesario para ayudar a la voluntad de un miembro del Estado –que ha perturbado su armonía– a ordenarse por sí misma<sup>8</sup>. Consideraba que todo aquel que se incline a la injusticia está incapacitado para hacer buen uso de su plena libertad exterior, por lo cual se le debía privar del empleo de esta libertad<sup>9</sup>.

Para RÖDER, la imperfección de las teorías penales estaba en que sólo se proponían lograr una semicuración y enmienda, impidiendo las ulteriores manifestaciones de la mala intención. En efecto, no buscaba “producir la intención verdaderamente moral y justa (la rectitud), de la cual, sin embargo, resulta únicamente en todas las circunstancias una conducta ajustada al Derecho”<sup>10</sup>.

---

*curso académico de 1944 a 1945*, Salamanca, Universidad de Salamanca, Imprenta Cervantes, 1944, pp. 44 y 45. El correccionalismo tuvo una amplia difusión en España en la segunda mitad del siglo XIX, por lo que se puede hablar de un *Escuela Española*. En palabras de ANTON ONECA, existía una predisposición al correccionalismo, pero los autores españoles fundieron “aquellas doctrinas en un eclecticismo de buen sentido, como alguien ha dicho”.

5. PEDRO DORADO MONTERO. *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Pamplona, Analecta, 1905, p. 206.
6. FRANCISCO JAVIER VALLS. *La filosofía del Derecho de Dorado Montero*, Granada, Universidad de Granada, 1971, p. 11, DORADO con su propia aportación superó las teorías de RÖDER.
7. ANTON ONECA. *La utopía penal de Dorado*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1951, p. 37, 38, 50. El autor señala como representantes del pensamiento correccional a PLATÓN y SÉNECA. Cfr. PLATÓN. *Las Leyes*, edición bilingüe, traducción, notas y estudio preliminar por JOSÉ MANUEL PABÓN y MANUEL FERNÁNDEZ GALIANO, t. II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Libro IX, p. 114 y 115; L. ANNEO SÉNECA. *Diálogos*, edición preparada por CARMEN CODOÑER, Madrid, Edit. Nacional, 1984, pp. 134 y 135, Lib. I, La Ira.
8. CARLOS DAVID RÖDER. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*. Traducido del alemán por FRANCISCO GINER, 2.ª edición corregida, Madrid, Imprenta de la biblioteca de instrucción y recreo, 1871, p. 213.
9. RÖDER. *Las doctrinas fundamentales...*, cit., p. 216, “como menor de edad en este respecto, y necesitado de una segunda educación, mientras no se destruyan de un modo inequívoco las causas de su injusticia... y no se capacite de esta suerte para su completa libertad alcanzada; o en otros términos, mientras no se corrija”.
10. *Ibíd.*, p. 260.

En definitiva, el único fin esencial de la pena justa lo constituía “el influjo bienhechor sobre el ánimo del penado, en su pensamiento, sentimiento y voluntad”<sup>11</sup>. La pena así concebida, como corrección de la voluntad del reo, restablecería y fortalecería el respeto a la ley y la confianza de los ciudadanos en la seguridad jurídica perturbada<sup>12</sup>. En otras palabras, la pena debía resolver un problema interior, que iba más allá de la simple retribución que argumentaba la teoría clásica.

Siguiendo estos lineamientos, DORADO entendió que el derecho penal tradicional, en el que se partía de la pena como castigo, quedaba superado por uno nuevo. No lo llama penal, sino “Derecho social protector relativo a criminales”<sup>13</sup>, el cual es fruto de la “espiritualización y humanización creciente de la vida humana”. Partiendo de lo anterior, el autor consideró al “Reformatorio” como la institución modelo para conseguir fines alejados a la mera retribución.

El Reformatorio de Elmira<sup>14</sup>, creado en Nueva York por la Ley Fasset de 1889, en su concepto constituía un modelo del “Reformatorio”<sup>15</sup>. Su organización e instrumentos se inclinaban en la búsqueda de la reinserción del hombre “defectuoso-delincuente”<sup>16</sup> a la sociedad. Como en el Reformatorio no se buscaba castigar, sino “educar”, se exigía que funcionara como un instituto “pedagógico” en donde se pudiera servir de cuantos medios se necesitara para convertir a los “pupilos”<sup>17</sup> en ciudadanos honrados. A la pena se le privaba de su sabor a castigo<sup>18</sup>, para convertirla en medida de protección y preservación social. La pena “reformadora” conciliaba el interés de la sociedad frente al que delinque, y el propio interés individual del delincuente a ser corregido.

---

11. RÖDER. *Las doctrinas fundamentales...*, cit., p. 233.

12. *Ibíd.*, p. 244.

13. VALLS. *La filosofía del Derecho de Dorado Montero*, cit., p. 44. En su concepto, busca una transformación que vaya del Derecho penal represivo al preventivo, buscando como meta un Derecho protector de los criminales que proteja y defienda a la sociedad. ANTON ONECA. *La utopía penal de Dorado*, cit., p. 47. “La ley es un programa, y el juez, colaborador de la ley, dice KARL SCHMITT [...] El nazismo buscaba en el al arbitrio judicial un parapeto para la defensa del Estado, mientras DORADO salta por encima de la ley para acudir en ayuda del delincuente”.

14. DORADO MONTERO. *El Reformatorio de Elmira*, Estudio de derecho penal preventivo, Madrid, La España Moderna, sf. Analecta, 1999, pp. 10 y 32. El reformatorio de Elmira no era un reformatorio para niños o muchachos, sino para adultos.

15. *Ibíd.*, p. 98. Reformatorio definido como una institución experimental, para el tratamiento tutelar y preventivo.

16. *Ibíd.*, pp. 30, 36, 54. El delincuente es un ser defectuoso, y por ende reclama un tratamiento curativo y protector.

17. *Ibíd.*, p. 126. En razón de esto no se les llamaba penados, o presidiarios, sino *internos o pupilos*. Cuando se les da la liberación *on parole-liberación bajo palabra* se les llamaba *graduating*.

18. ANTON ONECA. *La utopía penal de Dorado*, cit., pp. 34, 49-50. Al respecto señala que DORADO siempre se mantuvo firme en su puesto hostil a la pena como castigo. Si se cambia la concepción de ver a la pena como castigo, o de ver el juez no para vengar a la sociedad, ni para expiar ni retribuir, sino para impedir la comisión de futuros delitos, etc., no habrá que temer al arbitrio judicial.

Partir de esta concepción implicaba que se satisficiera el derecho a la pena correctora –*Besserungstheorie*<sup>19</sup>– por parte del delincuente; y el de la sociedad a proteger al criminal, para “beneficio de todos, del reo mismo y de sus coasociados, que no tendrán que temer nada de él ya en lo sucesivo”. De esta forma, la actuación “reformadora” del Estado con el delincuente no sólo se acomodaba a su especial situación de inferioridad, sino que se aconsejaba por “egoísmo social”; en sus palabras, era: “Obra de justicia estricta, de conveniencia, esencialmente utilitaria”<sup>20</sup>.

### III. LA VINCULACIÓN DE LA IDEOLOGÍA EDUCATIVA A LA RESPUESTA INSTITUCIONAL FRENTE AL MENOR INFRACTOR

Aparte de lo enormemente interesante que resulta conocer el funcionamiento de una institución como el *Reformatorio de Elmira*, que representa en la práctica la ideología positivista y correccionalista de la época, nos queda la idea de que el modelo de justicia que hoy en día se propone frente a los menores delincuentes, “formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa”, presenta características del modelo “doradiano” tantas veces criticado<sup>21</sup>. Esta idea la podemos ratificar con afirma-

- 
19. ANTON ONECA. *La utopía penal de Dorado*, cit., p. 35. La mentalidad germánica se resistía a ver a la pena en un naturaleza compleja, por lo que recurría a explicarla a través de un sólo principio. Una de éstas concepciones fue la *Besserungstheorie*, la cual “justifica la pena por su objetivo encaminado a enderezar la voluntad del delincuente, considerado éste como un menor necesitado de educación y de tutela; proclamando así su “derecho a la pena” que a muchos sonó a irónica paradoja”. ANTON ONECA. “La controversia de las teorías penales”, cit., p. 43. Se refiere al término *Besserungstheorie* como las aspiraciones röderianas a la reforma interna o moral. Para RÖDER la mera legalidad externa de las acciones ilícitas suponen una justicia a medias. RÖDER. *Las doctrinas fundamentales...*, cit., p. 213. El traductor hace la siguiente nota: El nombre alemán de la pena correccional es *Besserungstheorie*, que puede traducirse por *Teoría de la enmienda o de la reforma*. “Aquí traducimos teoría correccional, porque el sentido técnico de esta palabra en nuestro Derecho positivo, aunque limitado a ciertas penas nulo y vacío (y aun contradicho) en la práctica, dice en el fondo que la pena se considera como condición para el mejoramiento del delincuente”.
20. DORADO MONTERO. *El Reformatorio de Elmira*, cit., pp. 130 y 131. CRUZ BLANCA. *Derecho penal de menores*, cit., p. 84. Dentro de los presupuestos de la escuela positivista están la defensa social, el determinismo, la peligrosidad, y el utilitarismo.
21. ANTON ONECA. *La utopía penal de Dorado*, cit., pp. 85, 86, 88. Destaca cómo DORADO MONTERO concede un monopolio a la prevención especial y la limitación al fin readaptador. En su opinión, su planteamiento es utópico. Entendida la utopía no como las orientaciones irrealizables, sino como las que trascienden la realidad y al pasar a la práctica deben destruir total o parcialmente el orden de las cosas existentes en un momento determinado. Para ANTON ONECA el político criminalista debe avanzar con juicio sin atropellar a las multitudes, “Misión del Estado es dirigir a las multitudes, mas para esta función orientadora es preciso tanto marchar delante como no guardar excesiva separación”. QUINTILIANO SALDAÑA. *Mentalidades españolas II*. DORADO MONTERO, Madrid, Reus, 1920, pp. 58 y 59. Para SALDAÑA, la idea de protección fue transplantada por DORADO MONTERO del derecho administrativo a la penología. SALDAÑA opina que DORADO MONTERO se contradice, pues señala que se deben acabar las penas como censuras. Esto implica acabar con la concepción retributiva que se alimenta en ideas de lucha, poder, preponderancia y brutalidad, y en su lugar cambiar la censura por la protección. En este sentido señala SALDAÑA: “Y en qué se funda el derecho a esa protección, si no es en una evidente superioridad o preponderancia?... ¿Y cómo hacerle efectivo sin un coactivo poder...? ;En tomarnos a nosotros mismos por modelo, y en imponer ese modelo! Recorriendo los viejos sinónimos latinos, *protectio* ( de pro-tego, cubrir, defender), equivale a tutela, que supone autoridad; significa tanto como *praesidium*, que niega libertades”.

ciones como la de ELBERT, para quien la particularidad del derecho penal de menores respecto del derecho penal adulto, es su “carácter fundamentalmente formativo”<sup>22</sup>.

No obstante, este planteamiento debe ser analizado tomando en cuenta las siguientes matizaciones. Aceptamos la influencia del pensamiento “doradiano” que otorga una especial connotación a la prevención especial a través de la educación. Si bien se suelen cuestionar los adjetivos de educación y tutela en la intervención institucional frente a los menores infractores, lo cierto es que estos hacen referencia a un especial énfasis en la prevención especial respecto del menor.

En efecto, estos argumentos son resultado de una apasionada discusión –tanto en RÖDER como en DORADO MONTERO– guiada a disminuir la drasticidad del ordenamiento penal, en una tendencia seguida por la doctrina actual en busca de una progresiva “racionalización” y transformación del derecho penal. Así lo ha reconocido ALBRECHT, para quien “el concepto de resocialización y de educación cumple conforme a todo ello, de modo extraordinario la función de racionalizar y cientificar la pena estatal y con ello la política criminal estatal”<sup>23</sup>.

Lo anterior no implica la admisión incondicional de los presupuestos “doradianos”. Reconozco que la educación es un criterio básico en materia del derecho penal juvenil. No obstante, considero que es contrario a lo expuesto por esta ideología en la que se hacía énfasis en el delincuente y no en el hecho cometido, el pensamiento que guía los actuales convenios internacionales sobre la materia. Al partir del reconocimiento del menor como sujeto de derechos al que pertenecen las garantías procesales, se adoptan los principios de culpabilidad y de proporcionalidad como límites al poder de coacción estatal aplicable a todas las personas.

Por lo anterior, considero que reconocer la influencia de la ideología educativa o tutelar debe ser coherente con un modelo garantista de responsabilidad penal del menor delincuente. El que se respeten las garantías propias del derecho penal y del derecho procesal penal, no supone que se dé una reproducción exacta del modelo de los adultos<sup>24</sup>, sobre todo en materia de consecuencias jurídicas. Evidentemente, adoptar

22. CARLOS ELBERT. “La determinación de la responsabilidad y las consecuencias jurídicas en el derecho penal alemán de menores”, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 23, Bogotá, 1984, p. 41.

23. PETER ALEXIS ALBRECHT. “Respecto del futuro del derecho penal de menores –peligros y chances–”, BUSTOS RAMÍREZ (trad.), en *Un derecho penal del menor*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica del Cono Sur, 1992, p. 68. De igual forma, respecto de la búsqueda de una racionalización del derecho penal, Cfr. ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA. *Derecho penal. Introducción*, Madrid, Facultad Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 106.

24. CARLOS GONZALEZ ZORRILLA. “Los menores entre “Protección y justicia”. El debate sobre la responsabilidad”, en *Un derecho penal del menor*, cit., pp. 143, 144. Respecto de un modelo propio para los menores, considera que la idea es “limitar, garantizar y adecuar la respuesta penal a la fase evolutiva del adolescente y joven”. Limitar supone que al joven se le enjuicie sólo por el hechos constitutivos de delitos. En este punto debe entrar el principio de oportunidad que supone que no haya intervención

un modelo de responsabilidad no significa abandonar el concepto de educación, “sino poner el acento en el tipo de respuesta que se arbitre por la comisión del delito”<sup>25</sup>.

Ahora bien: pese a la importancia del concepto educativo, su influencia dentro de la reacción estatal frente al menor infractor acorde con un Estado democrático, no tiene un contenido muy claro y limitado para el legislador. El cuestionamiento principal radica en determinar el papel que debe jugar la educación en una intervención de naturaleza penal, respecto del menor que comete una conducta antijurídica.

Los defensores liberales del derecho penal juvenil consideran que el Estado guardián socio-estatal no sólo debe velar por el orden y control, sino también conciliar los intereses y equilibrar las regulaciones legales en orden al bien común. Lo anterior deriva en un planteamiento preventivo específico, basado en la “piedra angular” de la educación, y la meta de llevar a los jóvenes a una “vida íntegra”<sup>26</sup>. En otras palabras, el postulado principal de esta tendencia, es el de entender a la educación como fundamento del poder punitivo del Estado.

Frente a la anterior posición, los críticos consideran que las limitaciones de derechos que se dan en el derecho penal de menores se deben a la aplicación del concepto difuso y problemático de “educación”. Para GONZÁLEZ ZORRILLA la ideología protectora y reeducativa ha sido una coartada ideológica para dejar al margen de la jurisdicción de menores todo el complejo de garantías que rigen las demás jurisdicciones<sup>27</sup>.

Por lo anterior, comparto el planteamiento según el cual, dentro de un marco garantista del derecho penal juvenil, la educación sólo puede tener validez a lo sumo como “limitación de la “gravedad de culpa”, no pudiendo ser invocada para justificar el castigo. En otras palabras, “la prevención especial no es suficiente para legitimar la intervención”<sup>28</sup>.

En este sentido se inclina CRUZ BLANCA, quien para definir el papel de la “educación” en la respuesta estatal frente al menor infractor recurre al estudio del principio de

penal en casos de escasa relevancia social. Garantizar supone dotar de los derechos que los menores tienen como ciudadanos. Y adecuar la respuesta a su fase evolutiva implica tomar en cuenta: la ocurrencia del hecho y las condiciones personas y familiares del menor, contar con un catálogo de sanciones amplio, flexible, dotadas de contenido educativo y estimular la participación social en la adopción y ejecución de las sanciones adoptadas.

25. CRUZ BLANCA. *Derecho penal de menores*, cit., p. 104.

26. CLAUDIUS MESSNER. *Exención de la pena: sobre el papel de las sanciones alternativas en el derecho penal juvenil alemán*, ROSA PILAR BLANCO (trad. del alemán), Madrid, Dirección General de Protección Jurídica del Menor, 1994, pp. 50 y 51.

27. ZORRILLA GONZÁLEZ. *La justicia de menores en España*, cit., p. 125. Citado por CRUZ BLANCA, p. 90. ALBRECHT. “Respecto del futuro del derecho penal de menores”, cit., p. 62. Considera que la referencia permanente a objetivos educativos ha sido una “estrategia superficial de modernización del Estado social respecto de las formas de control social tradicionales”.

28. CLAUDIUS MESSNER. *Exención de la pena: sobre el papel de las sanciones....*, cit., p. 50.

culpabilidad como fundamento limitador del *ius puniendi* estatal<sup>29</sup> y del principio de proporcionalidad. Tomando en cuenta que hay casos en los cuales la exigencia de culpabilidad o prevención puede no coincidir, la culpabilidad constituirá un límite a las exigencias preventivas, impidiendo que con la pena se vaya más allá, por razones de necesidad, de lo que autoriza el merecimiento de pena.

En efecto, la culpabilidad aparece como un límite a la responsabilidad a favor del infractor, ya que determina la duración máxima de la consecuencia jurídica, sin perjuicio de tomar en cuenta las circunstancias personales del menor que pueden fundamentar una atenuación de la pena o incluso su renuncia: “En definitiva, el principio de culpabilidad establece fronteras limitativas a las necesidades preventivas de cada momento”<sup>30</sup>.

La comprobación del hecho y la culpabilidad del hecho debe estar en primer lugar dentro del derecho penal de menores. En caso de que esto se pase y todo se subordine al principio de encontrar la “medida correcta para la educación”, se estaría poniendo en entredicho el mantenimiento de los principios esenciales de un Estado de Derecho<sup>31</sup>. Evidentemente, los déficits “educativos” que pueden presentarse en el menor que ha cometido la infracción penal, a la luz del principio de culpabilidad, no pueden fundamentar la imposición o la agravación de una medida, pero sí podrían justificar su atenuación o incluso la renuncia a ella<sup>32</sup>. Si no se acudiera a entender de esta forma la finalidad “educativa”, se correría el riesgo de aplicar medidas más restrictivas de los derechos a menores que tuvieran un mayor déficit “educativo”.

Ahora bien: el principio de culpabilidad no es el único que limita las consecuencias jurídicas, también lo es el principio de proporcionalidad según el cual, “la gravedad de la pena o de la medida de seguridad se debe corresponder con la gravedad del hecho cometido y con la peligrosidad del sujeto, respectivamente”<sup>33</sup>. Las limitaciones que sugiere este principio se opondrían al pensamiento de “corte estrictamente tutelar o correctivo según el cual, por razones educativas, se podría desbordar la mencionada proporcionalidad”<sup>34</sup>.

En una línea similar se pronuncia ALBRECHT, cuando afirma que “[...] en el procedimiento penal de menores debe regir *in dubio pro reo iuvenali* y no *in dubio pro educatione*. También el autor menor, mejor sospechoso, es inocente hasta la compro-

---

29. CRUZ BLANCA. *Derecho penal de menores...*, cit., p. 323. Lo anterior, partiendo de la base de que el menor no es necesariamente inimputable por razón de la edad.

30. *Ibíd.*, p. 324.

31. ALBRECHT. “Respecto del futuro del derecho penal de menores...”, cit., p. 64.

32. CRUZ BLANCA. *Ob. cit.*, p. 337.

33. *Ibíd.*, p. 325

34. *Ibíd.*, p. 326.

bación de su culpabilidad y no ya maduro para una medida de la Ley de Tribunales de Menores en razón *exclusivamente* de un déficit “educativo” (la cursiva es nuestra)<sup>35</sup>.

En definitiva, considero que la influencia del enfoque “doradiano” en el sistema actual de responsabilidad del menor infractor radica en su vinculación con el concepto educativo. Al involucrar la educación, se reconocen consideraciones preventivas de carácter especial. No se trata, en últimas, de un total desplazamiento de las consideraciones preventivas de carácter general, a través de la utilización de medios educativos o “correctivos”. Se reconocen los fines de la pena correctora –*Besserungstheorie*–, ya referidos, en donde se analizan los intereses del menor infractor y de la sociedad. Lo anterior matizado por el hecho de partir del menor como un sujeto de derechos, en un plano ajeno a la inferioridad, en que lo ubicaban los correccionalistas.

Al implicar la educación en las consecuencias jurídicas respecto del menor infractor, se reconocen los intereses sociales y del menor. Por un lado se responsabiliza al menor de sus actos, tomando en cuenta que el reconocimiento del menor como sujeto de derechos lleva consigo su participación dentro de la sociedad. A su vez, tal esquema de responsabilización, en el que se educa al menor para vivir alejado del delito, no debe estar alejado de la idea de entender al menor como una persona en proceso de formación. Tal connotación implica que se le aplicaran “medidas específicas”, guiadas a no perturbar y continuar con su desarrollo educativo.

Esto, como resultado de reconocer el principio del “interés superior del niño” como norma rectora que determina las bases de un modelo de responsabilidad penal frente al menor infractor. En efecto, del interés superior del niño se deduce la necesidad de establecer consecuencias específicas para los menores que cometen conductas antijurídicas. Y es aquí en donde juega especial importancia la educación. En un Estado de Derecho moderno, en el que la libertad es un derecho fundamental, que sólo puede ser limitado bajo condiciones muy estrictas y en el que los menores son reconocidos como personas portadoras de derechos fundamentales y del respeto a la

---

35. ALBRECHT. Ob. cit., pp. 62 a 64. Pese a la anterior posición, el autor matiza su posición al rechazar rotundamente los objetivos educativos en el tema de menores infractores. Dentro del fundamento de su rechazo, señala que una reacción penal frente al menor que delinque debe estar guiada a que se adopten medidas que sirvan para contrarrestar el peligro de futuros hechos punibles de menores. Esto no se puede definir como fines educativos, ya que “Educación en el sentido de las ciencias sociales es socialización, con lo cual conforme a una consideración pedagógica, psicológica y sociológica, se entiende un proceso de desarrollo complejo que aspira a un desarrollo determinado de la personalidad del educando. Esto no es tarea estatal”. Lo anterior no desconoce el hecho de que en la educación se puedan contemplar las oportunidades adecuadas para la socialización, entendidos como las circunstancias que permitan un desarrollo de la personalidad. El establecimiento igualitario de estas condiciones sí es una tarea de la política social del Estado, pero no del derecho penal. En su concepto, el único fin defendible para justificar el derecho penal de menores es “la dirección parcial del comportamiento en el sentido de la exigencia del comportamiento legal. Desde una perspectiva científico social, esto último no es “educación” (socialización), sino exclusivamente control social”.

dignidad humana, “los buenos propósitos educadores ya no pueden ser el único soporte de un programa político-criminal cuyos efectos sobre los derechos fundamentales son claramente injustificables”<sup>36</sup>.

Por lo anterior, considero que la finalidad preventivo-especial que busca la ley, cuando señala “una intervención de naturaleza educativa”, sólo puede tener validez como limitación de la gravedad de la medida y nunca como fundamentadora de una intervención más gravosa para el menor. Ciertamente, “la finalidad educativa nunca puede justificar un tratamiento más gravoso con el argumento de que éste es beneficioso para el menor en tanto en cuanto tiende a su resocialización o educación; surge de nuevo el papel limitador que debe cumplir el principio de culpabilidad<sup>37</sup> en esta materia”<sup>38</sup>. En otras palabras, se debe obviar la pretensión de la “educación” como fundamentadora del derecho penal juvenil.

Estas apreciaciones siguen lo expuesto por MESSNER, quien considera que pese a que la educación no puede ser la finalidad de la pena, sí puede ser al mismo tiempo su “medida”, de lo que deriva su papel limitador en la consecuencia jurídica<sup>39</sup>.

Esta tendencia para DE LEO no supone que se desnaturalice el carácter penal del proceso, dotándolo de funciones y objetivos que no le corresponden. En su opinión, el criterio de utilidad no implica que se le dé una función asistencial, terapéutica o pedagógica del proceso penal. Sólo impone “que tales funciones puedan mantenerse activas aún durante la experiencia procesal en cuanto experiencia social que garantiza la continuidad de las respuesta a las necesidades y a los derechos”<sup>40</sup>.

En otras palabras, el involucrar aspectos educativos no supone entenderlos como fundamentadores de la intervención respecto del menor infractor. En efecto, las razones por las cuales un menor entra dentro del proceso penal están “rigurosa y exclusivamente ligadas a la comisión de un ilícito”<sup>41</sup>.

36. Prólogo de BACIGALUPO ZAPATER, en la obra de FELLINI. *Derecho penal de menores*, pp. 11 y 12.

37. Cita a CUELLO CONTRERAS y MARTÍNEZ-PEREDA, quienes consideran que sería bueno prescindir del derecho penal, pero que en caso de no hacerlo, no se debe ir a uno puramente educativo, siendo preferible recurrir a uno que garantice la culpabilidad.

38. CRUZ BLANCA. *Derecho penal de menores...*, cit., p. 327.

39. MESSNER. *Exención de la pena: sobre el papel de las sanciones...*, cit., p. 68. Por lo anterior, “habría que cambiar el &17 JGG de forma que la pena juvenil no se imponga por motivos educativos, sino exclusivamente porque lo exija la “gravedad de la culpa” sin tener en cuenta el interés pedagógico”.

40. DE LEO. Aspectos psicológicos, sociales e instrumentales de la reforma procesal de menores en Italia, en *El Derecho y los chicos*, MARÍA DEL CARMEN BIANCHI (comp.), Cooperación Italiana, Fundación Pibes Unidos, Posgrado en Problemáticas, Infanto-Juveniles (CEA-UBA), Argentina, Espacio Editorial, 1995, p. 66.

41. *Ibíd.*, p. 66.

## CONCLUSIONES

En síntesis, se puede afirmar que es compatible la idea del derecho penal de menores con la finalidad educativa; no obstante, este objetivo<sup>42</sup> no debe tomarse como suficiente para legitimar la intervención. Y esto en razón del principio de culpabilidad – el cual limita que los fines educativos (prevención especial) conduzcan a una mayor punición que le corresponde según el merecimiento de pena– y del de proporcionalidad –el cual limita la pena a la gravedad del hecho cometido y no a las necesidades de educación, traducidas en la prevención especial–.

Por lo anterior, la “educación”, sólo debe tener validez como limitación de la medida, o incluso para renunciar a la imposición de ella<sup>43</sup>, pero nunca podrá invocarse para justificar su imposición o agravación. Su función como límite determinará que la consecuencia jurídica que se imponga al menor infractor se acople a su especial condición. Todo lo anterior dentro del marco de un Estado de derecho que reconoce al menor como sujeto de derechos y al principio del “interés superior del niño” como parámetro para determinar el procedimiento y las medidas para los menores infractores.

---

42. CRUZ BLANCA. *Derecho penal de menores...*, cit., p. 112, cfr. ULRICH BOHNER. “La delincuencia juvenil como objeto de estudio por parte del Consejo de Europa”, en la revista *Eguzkilore*, número 2, octubre de 1988, San Sebastián, pp. 51 a 59, señala la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reacciones Sociales a la delincuencia juvenil, dentro de la cual se dice que el sistema penal de menores debe continuar caracterizándose por su objetivo de educación e inserción social, e insistiendo en la utilización de respuestas alternativas a la propia justicia de menores.

43. CRUZ BLANCA. Ob. cit., p. 336.

