

INFORMES EN DERECHO

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL JUVENIL III

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública
Santiago de Chile • Octubre de 2012

© Defensoría Penal Pública

Libertador General Bernardo O'Higgins 1449, piso 8

"Prohibida la reproducción, almacenamiento o transmisión, de manera alguna y por cualquier medio sin autorización previa del autor y los editores".

Registro de Propiedad Intelectual N° 223.014

Santiago - Chile

I.S.B.N. N° 978-956-8349-04-2 (Obras Completas)

I.S.B.N. N° 978-956-8349-34-9 (Volumen 11)

Producción y Edición:

Defensoría Nacional

Defensoría Penal Pública

ÍNDICE

Presentación	7
I. La culpabilidad por el hecho del adolescente: Referencias y diferencias respecto del Derecho Penal de adultos	9
<i>Beatriz Cruz Márquez</i>	
II. La víctima en las audiencias de sustitución y remisión de la condena de adolescentes. Algunas cuestiones problemáticas en relación con su notificación y participación	33
<i>Raúl Núñez Ojeda</i>	
III. Sentencias proporcionales para menores, ¿Qué diferencia con las de los adultos?	61
<i>Andrew Von Hirsch</i>	
IV. La susceptibilidad de los menores a hacer falsas confesiones y falsas declaraciones de culpabilidad	87
<i>Allison D. Redlich.</i>	
V. Retórica y realidad del enfoque “Paradigma de prevención de factores de riesgo” para prevenir y reducir la delincuencia juvenil.....	109
<i>Kevin Haines y Stephen Case</i>	
VI. Paradigma del desistimiento para la gestión de delincuentes.....	133
<i>Fergus McNeill</i>	
VII. Algunas razones por las cuales disminuir la edad de responsabilidad penal adulta en Uruguay no parece la mejor solución	163
<i>Nicolás Trajtenberg</i>	

PRESENTACIÓN

La Defensoría Penal Pública tiene el agrado de publicar el tercer número de sus *Estudios de Derecho Penal Juvenil*, publicación especializada única en el país que trata sobre diversos aspectos de relevancia para la justicia penal de adolescentes. Su finalidad es contribuir en la comprensión del derecho penal aplicable a los adolescentes como un derecho penal especial, con derechos y garantías reforzadas y no disminuidas en razón de las características particulares del sujeto y de las normas internacionales de Derechos Humanos que rigen la materia.

En este N° 3 se contemplan numerosos estudios y artículos de autores extranjeros y nacionales de primer nivel, cuyos estudios jurídico-dogmáticos y de carácter criminológico tratan sobre asuntos tan diversos como: la especificidad de la culpabilidad por el hecho del adolescente, la proporcionalidad de las sanciones, el papel de la víctima en la sustitución y remisión de condenas, el desistimiento del delito como modelo de intervención, una perspectiva crítica sobre el enfoque de los factores de riesgo, la probabilidad de falsas confesiones y falsas declaraciones de culpabilidad en jóvenes, y ciertas consideraciones criminológicas sobre la adolescencia, a propósito del debate político criminal en Uruguay.

Tales análisis estamos seguros que permitirán ampliar el horizonte de la mirada nacional sobre el sistema de justicia juvenil, así como desarrollar nuevos contenidos en la argumentación jurídica y en la decisión judicial relativa a los adolescentes en conflicto con la ley penal.

I. La culpabilidad por el hecho del adolescente: Referencias y diferencias respecto del Derecho Penal de adultos

Beatriz Cruz Márquez

Universidad de Extremadura

Resumen: el objetivo principal del presente trabajo consiste en reflexionar acerca del cálculo de la culpabilidad por el hecho de los actos delictivos cometidos por el menor de edad, aunque sea a costa de tomar como referencia el sistema vigente en el derecho penal de adultos, a fin de proporcionar criterios concretos y cuantificables de medición del límite máximo de la intervención penal en el marco del derecho penal juvenil, toda vez que la naturaleza punitiva de este sistema exige, pese a su orientación educativa, un respeto inquebrantable del principio de culpabilidad y de proporcionalidad.

I. Culpabilidad por el hecho: Consideraciones generales a partir del régimen de determinación de la sanción juvenil en la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes (LRPA)

1. Introducción

La Ley sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes (LRPA) establece, junto al elenco de sanciones penales¹ aplicables al adolescente² responsable de la comisión de un delito previsto en el Código Penal de adultos (CP)³ una serie de criterios para determinar, por oposición a este último, el máximo de responsabilidad penal exigible al menor infractor.

Si bien puede resultar contradictoria la remisión por parte del legislador a las penas previstas en el Derecho penal de adultos a la hora de calcular el techo de la intervención penal aplicable al menor de edad, por cuanto implica una dependencia clara del sistema penal de adultos del que el sistema penal juvenil pretende desligarse, cabe entender los criterios que se analizan a continuación en clave de medición de la culpabilidad por el hecho, como manifestación, en definitiva, de la diferente culpabilidad del menor, tanto en términos cualitativos como cuantitativos. En este sentido, teniendo siempre presente la naturaleza penal de la LRPA, como la de otros textos legales que regulan la responsabilidad penal de los menores en otros ordenamientos jurídicos, las

¹ Establecidas en el Artículo 6 de la LRPA, son las siguientes: a) Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social; b) Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social; c) Libertad asistida especial; d) Libertad asistida; e) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad; f) Reparación del daño causado; g) Multa; h) Amonestación. Se trata de un catálogo de medidas simplificado, en comparación con el elenco previsto en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, vigente en España, que prevé medidas de carácter preeminentemente educativo, como la realización de tareas socio-educativas o la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (artículo 7 de la LORR-PM).

² Según el Artículo 3 de la LRPA, se consideran adolescentes "quienes al momento en que se hubiera dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años".

³ La LRPA incorpora el catálogo de simples delitos y crímenes previsto para el adulto. Respecto de las faltas, sólo son responsables los adolescentes mayores de dieciséis años y exclusivamente tratándose de aquellas expresamente señaladas en el inciso 3 del artículo 1 de la LRPA. Lo anterior es sin perjuicio de la regla especial para proceder penalmente respecto de ciertos delitos sexuales, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años, establecida en el Artículo 4 LRPA. Sobre la intención inicial del legislador chileno de establecer un *numerus clausus* de delitos por los que exigir responsabilidad penal al adolescente, vid. Horvitz Lennon, M. I., "Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable", REJ, N° 7, 2006, p. 99.

alusiones expresas a los marcos penales previstos para cada uno de los delitos del CP constituyen en realidad una garantía para la consideración de las peculiaridades que caracterizan la culpabilidad del menor en cada uno de los supuestos concretos, aunque sea bajo el riesgo de no perder de vista el hecho delictivo cometido por el menor, lo que puede suponer un detrimento para la consideración del *interés superior del menor*⁴ en el momento de seleccionar la concreta sanción a aplicar. Al respecto, conviene llamar la atención sobre el hecho de que en sistemas penales juveniles en los que no operan criterios similares a los establecidos en la LRPA, ello no es óbice para la introducción de menciones expresas a la gravedad del delito cometido por el menor⁵, al objeto de asegurar la imposición de sanciones contundentes, privativas de libertad, en los supuestos en que de la infracción cabe deducir, por su naturaleza y los bienes jurídicos afectados, una elevada alarma social⁶, lo que cierra cualquier margen a la consideración de las necesidades educativas y/o resocializadoras que presente el menor.

2. Reglas referidas a la duración de la pena de referencia en el CP

La LRPA establece un sistema de determinación de la sanción penal aplicable al menor a través de un procedimiento en dos pasos⁷: en un primer

⁴ Artículo 2 de la LRPA, aunque la mención expresa al "reconocimiento y respeto de sus derechos" podría dejar vacía de contenido específico a esta fórmula, en la medida en que no asegura la consecución del mayor grado de autonomía y desarrollo al menor durante el cumplimiento de la sanción juvenil, limitándose a contemplar lo que es un mínimo irrenunciable de cualquier intervención penal.

⁵ Sirvan de ejemplo en derecho penal juvenil español y el alemán. Así, en el primero destaca la mención expresa a la gravedad del delito contenida en el artículo 10 de la LORRPM, que prescribe la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado en los casos de "extrema gravedad" cuando el autor sea mayor de 16 y en determinados delitos graves; mientras que en el segundo, no deja de llamar la atención la permanencia de la modalidad de pena juvenil "por gravedad de la culpa", prevista en el § 17 JGG (aunque no menos llamativa resulta la aplicación de la pena juvenil por las "tendencias dañinas" del menor infractor).

⁶ Si bien el concepto de alarma social merece ser abordado con todo tipo de cautelas, dada la escasez de datos empíricos al respecto, así como la influencia de los medios de comunicación en la determinación de los asuntos que merecen interés y en el establecimiento de los esquemas con los que interpretar la realidad social, vid. al respecto, Varona Gómez, D., "Medios de comunicación y punitivismo", InDret, 2011, pp. 1 - 35

⁷ Al respecto, Horvitz Lennon, REJ, 2006, ob. cit., p. 102 ss.; de forma indirecta, Couso, J., "Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes: el caso de la ley chilena", Justicia y Derechos del Niño, N° 10, 2008, pp. 105 s.

momento, es preciso calcular el marco de duración de la sanción a aplicar⁸ a partir de las penas fijadas en el CP de adultos para la conducta realizada por el menor; en un segundo paso, y en función del marco penal resultante de la primera operación, se selecciona la sanción concreta aplicable al caso, por un tiempo que no supere los establecidos para cada una de las sanciones en la propia ley⁹.

Con independencia de la complejidad del procedimiento descrito, consecuencia en gran medida de la gran variedad de penas y marcos penales prevista en el CP, es preciso llamar la atención acerca de la diferente naturaleza de cada uno de los pasos. De tal manera que cabe explicar el primero de ellos como un ejercicio de cálculo de la culpabilidad por el hecho por parte del menor infractor, acerca de la cual se profundizará debidamente a continuación, mientras que el segundo es manifestación de las consideraciones preventivo-generales y especiales que operan en la selección de la sanción penal juvenil¹⁰, manifestación a la postre de la naturaleza sancionadora-educativa de la exigencia de responsabilidad penal al menor de edad que comete una infracción penal.

Desde esta perspectiva, las reglas relativas al cálculo de la duración de la pena de referencia en el CP, son el instrumento que permite cuantificar la culpabilidad por el hecho del menor, atendiendo, por tanto, no sólo a la gravedad del hecho delictivo por él realizado – que se corresponde con el marco penal establecido para el adulto –, sino teniendo en cuenta la menor culpabilidad en general del menor, consecuencia de la fase de desarrollo de la personalidad en que se encuentra, y admitida de forma unánime por la doctrina¹¹, así como

⁸ No se trata por tanto únicamente de calcular el límite máximo de duración de la intervención penal aplicable al menor infractor, sino que el cálculo se realiza tomando como referencia un tipo de pena y un marco penal concreto, sobre cuya base calcular la equivalencia preventivo general y especial contenida en las reglas de determinación del artículo 23 de la LRPA.

⁹ Así, artículos 9, 11, 12, 13, 14 y 18 de la LRPA.

¹⁰ Aunque la previsión de un catálogo de sanciones especiales para los menores de edad no debe ser interpretada como una decisión de carácter político-criminal, orientada a la reeducación y resocialización de los menores infractores, sino como la admisión de la especial culpabilidad del menor, en términos no sólo cuantitativos sino también cualitativos: no cabe reaccionar frente a quien percibe el mundo y sus normas desde una perspectiva especial con los mismos instrumentos que se utilizan para el adulto.

¹¹ Couso, Justicia y Derechos del Niño, N° 10, 2008, ob. cit., pp. 107. Sobre la presencia constante de esta presunción en la doctrina española con anterioridad al Código penal de 1995, así como los planteamientos surgidos con posterioridad al mismo, vid. Martín Cruz, A., Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad, 2004, pp. 91 ss.

de las circunstancias adicionales que la puedan haber mermado en cada caso particular.

2.1. Reducción general

La reducción general de la pena en un grado al mínimo de los señalados por la ley, establecida en el artículo 21 de la LRPA, constituye una clara manifestación de la culpabilidad disminuida del menor en comparación con la propia del adulto y que se fundamenta, de forma más concreta, en los siguientes aspectos, característicos del proceso evolutivo experimentado por el adolescente y con una mayor influencia en la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de controlar el comportamiento¹², ajustándolo a esa comprensión. Así:

- Capacidad de comprensión social, estructurada sobre el desarrollo del conocimiento social y el desarrollo moral por parte del menor. Por lo que se refiere al conocimiento social, si bien es cierto que el adolescente, a través del logro del pensamiento formal, es capaz de pensar no sólo en su propio pensamiento, sino también en el pensamiento de los demás, no es menos cierto que durante esta etapa el individuo se ve inmerso en un tipo peculiar de egocentrismo (el egocentrismo adolescente¹³), que le dificulta enormemente la diferenciación entre aquello en que los otros piensan y sus propias preocupaciones¹⁴, de manera que lo que le preocupa es interpretado como preocupante con la misma intensidad para los demás. En este contexto, se plantean diferentes distorsiones cognitivas experimentadas, en mayor o menor medida, por el adolescente, con cierta influencia en la aparición y mantenimiento de la conducta delictiva. Así, guardan una especial relación con la aparición de la conducta delictiva, los conceptos de audiencia imaginaria, fábula personal y de la invencibilidad: 1) La audiencia imaginaria consiste en

¹² La comprobación del elemento volitivo, partiendo de que en la mayoría de los casos concurre la capacidad intelectual del menor para comprender el carácter injusto del hecho, constituye el ámbito donde se revelan mayores peculiaridades respecto del adulto, lo que justifica, aún más si cabe, su análisis minucioso. En este sentido, Frehsee, D., "Strafreife - Reife des Jugendlichen oder Reife der Gesellschaft?", en: Albrecht, P.-A. (et al.), Festschrift für Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag, 1993, p. 393; Peters, K., "Die Beurteilung der Verantwortungsreife", en: Undeutsch, U. (ed.), Handbuch der Psychologie, Bd. 11, Forensische Psychologie, pp. 270 ss.

¹³ No está muy claro, sin embargo, si se trata de una característica propia de la adolescencia temprana o si está más vinculado a la comprensión interpersonal de los jóvenes que a su capacidad cognitiva, vid. Coleman, J. C. / Hendry, L. B., Psicología de la adolescencia, 2003, p. 50.

¹⁴ Elkind, D. "Egocentrism in adolescence", Child Development, núm. 38, 1967, pp. 1025 – 1034, citado en Coleman, J. C. / Hendry, L. B., Psicología de la adolescencia, 2003, pp. 49 ss.

la anticipación por parte del adolescente, en situaciones reales o fantaseadas, de las reacciones por parte de otras personas, basadas en la premisa de que éstas son tan críticas o admirativas hacia ellos como ellos lo son de sí mismos. A la luz de este concepto adquiere especial sentido la comisión de hechos llamativos, en la mayoría de los casos sin la obtención de beneficio alguno para el autor, y normalmente ante un determinado público, configurado con frecuencia por el grupo de iguales. 2) La “fábula personal” implica la consideración por parte del adolescente de sus preocupaciones y sentimientos como muy especiales e incluso únicos, generando un mito acerca de sí mismo que puede derivar en fantasías de omnipotencia e inmortalidad; rasgo que guarda una estrecha relación con la implicación del adolescente en conductas peligrosas y generadoras de una elevada alarma social (delitos contra la seguridad en el tráfico, delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, participación en riñas tumultuarias, etc.). Por otro lado, en el conocimiento social del menor influye de forma decisiva la adopción de roles y perspectivas sociales, que supone una comprensión de cómo los puntos de vista humanos se relacionan y coordinan entre sí¹⁵, cuyo desarrollo influye en la adquisición de diferentes dominios – el individual, el de la amistad, el del grupo de iguales y el dominio padre-hijo –, que desempeñan un papel fundamental en la adquisición de destrezas sociales por parte del individuo. Tener en cuenta que el adolescente se encuentra en pleno proceso de adquisición de tales perspectivas y destrezas permite visualizar con mayor nitidez su diferente capacidad de comprensión social y, por ende, un modo diferente de relacionarse con las normas penales. Por lo que se refiere al desarrollo moral del adolescente, destaca el descubrimiento de la doble moralidad por su parte, como ejercicio de aceptación de la contradicción existente entre los valores inculcados y la realidad social, sin que ello suponga el abandono de los primeros. Además, durante estos años se produce la transición de la moral convencional – caracterizada por asumir las normas impuestas, bien porque su seguimiento complace a los demás, bien porque se entiende que garantizan el mantenimiento del orden social – a la moral postconvencional – etapa de la orientación del contrato social y, posteriormente, de la moralidad de principios éticos universales –, aunque la incidencia de estos

¹⁵ Selman, R, *The growth of interpersonal understanding: developmental theory and pair therapy*, Academic Press, Londres, 1980 p. 22, citado en Coleman, J. C. / Hendry, L. B., *Psicología de la adolescencia*, 2003, pp. 51 ss.

cambios en el comportamiento del adolescente constituye una cuestión sumamente controvertida¹⁶. En esta línea, en un intento por determinar los factores conductuales específicos ligados al razonamiento moral del adolescente, parece demostrada la relación entre un desarrollo moral menor y un tipo de comportamiento antisocial caracterizado por la falta de conciencia cívica y ecológica, caracterizado por suponer una clara violación de las normas de convivencia y un claro desprecio por la conservación del medio¹⁷.

- Capacidad de autodeterminación o capacidad del adolescente de gobernarse a sí mismo, controlando los impulsos dirigidos a la comisión de un hecho que es capaz de identificar como dañino para el otro / la sociedad. En el marco del proceso de madurez del individuo, destaca a este respecto el desarrollo del autoconcepto y de la propia identidad, con implicaciones relevantes en las relaciones interpersonales del adolescente, y de forma especial las establecidas con el grupo de pares. Interesa señalar, por su relación con la aparición de la conducta antisocial, los siguientes aspectos: 1) Pese a que el desarrollo de la identidad es central durante el estadio evolutivo de la adolescencia¹⁸, no toma necesariamente la forma de una crisis, como tradicionalmente se viene exponiendo¹⁹, sino que más bien es probable que el individuo pase a través de diversos estadios, con fluctuación considerable de un estadio a otro, llegando sólo a una resolución de la cuestión de la identidad durante los últimos años de la adolescencia. Además, las investigaciones

¹⁶ Así, aspectos esenciales del desarrollo moral como su medición y las razones que conducen a la acción moral, coherente con el pensamiento, permanecen demasiado confusos aún. Tanto es así que una de las críticas más importantes que se puede esgrimir frente a quienes plantean la existencia de una correlación directa entre el desarrollo moral y la conducta antisocial es la ausencia de explicación acerca de las razones que explican el comportamiento acorde con el juicio moral del menor, Lösel, F. / Bliesener, T., "Zur Altersgrenze strafrechtlicher Verantwortlichkeit von Jugendlichen aus psychologischer Sicht", DVJJ-Journal, núm. 158, 4/1997, p. 389; Díaz-Aguado Jalón, M.^a J., "Capítulo 16. El desarrollo moral", en: Psicología evolutiva. Tomo II, 1997, pp. 139 ss.; Carretero, M. / Palacios, J. / Marchesi, Á. (eds.), Psicología evolutiva. 3. Adolescencia, madurez y senectud, 1998, p. 118.

¹⁷ Espinosa Breen, P. / Clemente Díaz, M. / Vidal Vázquez, M. Á., "Conducta antisocial y desarrollo moral en el menor", Psicothema, 2002, Vol. 14, p. 11.

¹⁸ Referido al proceso de construcción de la propia identidad, vid. González González, E., "Desarrollo en la adolescencia. Desarrollo psicobiológico y cognitivo. Construcción de la identidad. Desarrollo del autoconcepto y de la afectividad", Psicología del ciclo vital, 3^a edición, 2006, pp. 334 ss.

¹⁹ Coleman / Hendry, Psicología de la adolescencia, ob. cit., p. 79.

relativas a los diferentes estadios o niveles de identidad señalan una correlación entre el grado de desarrollo alcanzado y las destrezas de relación interpersonal de los menores, así como la ansiedad experimentada, la autonomía e incluso el nivel de conflicto con las autoridades²⁰. Por último, como resultado de la mayor atención recibida desde el ámbito de la investigación social, cabe señalar la importancia de la dimensión étnica en el desarrollo de la identidad por parte del adolescente²¹, si bien su influencia en concreto dependerá de factores individuales, culturales, contextuales y del propio origen social del menor que forme parte de una cultura minoritaria. 2) En cuanto al desarrollo del autoconcepto, presentan especial interés las investigaciones relativas a la autoestima como parte de éste, en la medida en que se constata la existencia de diferentes trayectorias de la autoestima, que guardan relación con la aparición de conductas problemáticas y/o antisociales y que a su vez parecen ser determinantes del mayor o menor éxito de los programas de intervención²².

La duración y buen éxito del proceso de desarrollo de ambas capacidades durante la adolescencia, generalizable en sus rasgos fundamentales, dependerá en cada caso tanto de condiciones sociales como individuales, relativas al entorno del menor, a las situaciones y cambios que deba afrontar a lo largo de la adolescencia, así como a sus propias disposiciones particulares. En consecuencia, a pesar de poder afirmar que el menor entre catorce y dieciocho años posee en general la suficiente capacidad de culpabilidad para comenzar a responder ante la sociedad, aunque sea de forma diferente a como se le exige al adulto, de los actos delictivos que realiza, cabe plantear al mismo tiempo la posibilidad de que existan particularidades relevantes en el proceso de madurez que afecten de forma relevante a la capacidad de culpabilidad, al conocimiento de la antijuricidad y/o a la exigibilidad de la conducta conforme a la norma. Al respecto, merece especial atención el conglomerado de opciones que ofrecen las reglas atenuantes previstas en el párrafo 4 del Título III del Libro I del CP, que se desarrollan con mayor detalle en el siguiente apartado, pero que en cualquier caso debe aplicarse en conjunción con la atenuación general

²⁰ Coleman / Hendry, *Psicología de la adolescencia*, ob. cit., p. 72.

²¹ Lo que confirma la influencia del contexto en el desarrollo de la propia identidad, Coleman / Hendry, *Psicología de la adolescencia*, ob. cit., pp. 73 ss.

²² Zimmerman, M. (et al.), "A longitudinal study of self-esteem: implications for adolescent development", *Journal of Youth and Adolescence*, 26, 1997, pp. 117 – 142, citado por Coleman, J. C. / Hendry, L. B., *Psicología de la adolescencia*, 2003, p. 68.

establecida en el artículo 21 de la LRPA, por las razones que se expondrán seguidamente.

2.2 Reducción individualizada

La existencia de procesos anómalos de maduración por parte del adolescente y/o de circunstancias que afecten de forma decisiva su capacidad de culpabilidad, la comprensión del carácter antijurídico del comportamiento realizado o que hayan dificultado enormemente la conformidad a la norma por su parte (exigibilidad de la conducta conforme a la norma), resulta especialmente relevante en referencia la aplicación de la *eximente incompleta*, contenida en el artículo 11 N° 1 CP y cuyos efectos sobre la medición de la culpabilidad pueden suponer, en virtud del artículo 73 CP, una reducción en uno, dos y hasta tres grados al mínimo de los señalados por la ley.

Al respecto, cobran especial relevancia las siguientes situaciones, siempre que tengan la entidad necesaria para plantear la exención de la culpabilidad, que finalmente no se produce de forma completa: 1) Los casos en que se comprueba una socialización deficitaria por parte del menor, como consecuencia de la incompetencia o falta de interés de quienes detentan su custodia²³, en un contexto de aislamiento social²⁴, siempre que estas deficiencias hayan afectado de manera significativa su desarrollo ético-moral²⁵ y/o su capacidad de autodeterminación, por no disponer de destrezas sociales suficientes para solucionar los conflictos que se puedan presentar; 2) La presencia de obstáculos importantes en el proceso de aprendizaje e interiorización de las normas sociales en situaciones de conflicto cultural entre la comunidad de procedencia y la mayoritaria, especialmente cuando el menor haya adoptado un patrón de identificación separado o marginal²⁶; 3) La constatación de drogodependencia

²³ Sobre la relevancia de la negligencia parental, en sus diferentes manifestaciones, como factor de riesgo sumamente significativo, Coleman / Hendry, *Psicología de la adolescencia*, ob. cit., pp. 196 ss.

²⁴ Indicativos de dicho aislamiento pueden ser la convivencia en un ambiente familiar desestructurado y separado de otros contactos familiares y/o sociales, así como la convivencia en centros de protección de menores a la que se suma el retraimiento del menor, Rupp-Diakojanni, T., *Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugendstrafrechtlichen Systematik. Ein Vergleich zwischen dem deutschen und dem griechischen Jugendstrafrecht*, 1990, p. 61.

²⁵ Cruz Márquez, B. *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, 2006, pp. 94 ss.

²⁶ Señalan los valores, la orientación hacia las normas sociales y el ambiente positivo en la escuela como las variables con mayor relevancia en el cumplimiento de la norma penal por parte del adolescente, al tiempo que advierten sobre el efecto reforzador de la conducta delictiva para el mantenimiento de una orientación contraria a la norma, que fomenta esa primera conducta delictiva, Boers, K. / Sedding, D. / Reinecke, J., "Sozialstrukturelle Bedingungen und Delinquenz

por parte del menor, cuando sea posible constatar un retraso en el grado de madurez como consecuencia de dicha situación, así como los supuestos en que el menor haya cometido el delito bajo la influencia de sustancias, insuficiente para declarar la inimputabilidad, toda vez que los efectos de las mismas resultan mucho más difíciles de controlar durante las primeras ingestas²⁷; 4) Una dependencia especialmente intensa respecto de personas de referencia de su entorno más cercano (padres, hermanos mayores, educadores que mantengan una relación estrecha con el menor, etc.) o menores del mismo grupo de edad²⁸, a cuya voluntad se somete por ser su influencia sumamente relevante para el desarrollo de la propia autoestima. La comisión del delito en el contexto del grupo de pares se produce en no pocas ocasiones con una dinámica propia, espontánea y acelerada, que puede dificultar enormemente al menor el desbancarse del grupo en el momento oportuno^{29/30}. 5) La concurrencia de un error de prohibición indirecto por falta de proporcionalidad del medio utilizado o ponderación errónea del bien jurídico amparado por la causa de justificación, dada la reducida capacidad del menor y del joven tanto para valorar la globalidad, como para percibir y estimar otras posibilidades de actuación distintas a la que se presenta como más fácil e inmediata³¹.

En cuanto al margen de atenuación permitido por la consideración de la eximente incompleta, que oscila entre la reducción en un grado y en tres del mínimo señalado por la ley, conviene tener en cuenta la atenuación general de la culpabilidad por el hecho del menor, contenida en el artículo 21 de la LRPC. De manera que la valoración de ambas requiere la reducción en al menos dos gra-

im Verlauf des Jugendalters: Analysen mit einem kombinierten Markov- und Wachstumsmodell", MschrKrim, núm. 92, vol. 2/3, 2009, p. 284

²⁷ Prueba de ello es el descenso de conductas delictivas y/o antisociales entre los menores que abusan de las drogas y/o alcohol a medida que aumenta el tiempo de consumo, Boers, K. (et al.), "Jugendkriminalität – Altersverlauf und Erklärungszusammenhänge. Ergebnisse der Duisburger Verlaufsstudie Kriminalität in der modernen Stadt", NK, 2/2010, p. 61.

²⁸ La dependencia del grupo de iguales es especialmente acusada en los supuestos en que el menor sufre un cierto aislamiento social como consecuencia de vivir en un entorno familiar desestructurado o ausente, siendo así que el grupo viene a suplir sus necesidades afectivas y emocionales.

²⁹ Fischer, A., Strafmündigkeit und Strafwürdigkeit im Jugendstrafrecht, 2000p. 38; Rupp-Diakojanni, Schuldfähigkeit Jugendlicher, ob. cit., pp. 61 s.

³⁰ Specht, F., "Neurotische Störungen und Entwicklungskrisen im Jugendalter", en: Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1994, p. 401.

³¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, 2003, p. 213.

dos al mínimo de los señalados por la ley, pues de lo contrario se produce una cuantificación a la baja de los aspectos específicos que afectaron, reduciéndola, la capacidad del adolescente para comportarse según lo establecido por la norma penal, confundiéndolos con los propios del desarrollo adolescente, abarcados por la atenuación general del artículo 21³².

Junto a la eximente incompleta contenida en el artículo 11 N° 1 del CP, en la valoración de la culpabilidad por el hecho por parte del menor es preciso tener en cuenta la posible concurrencia de circunstancias atenuantes, cuya estimación habrá de realizarse teniendo especialmente las características y peculiaridades de la fase de desarrollo adolescente. En concreto: 1) la atenuación relativa a la provocación o amenaza del ofendido merece especial atención en el caso de las agresiones y ataques cometidos en el seno de una pandilla juvenil, en el sentido de admitir que ciertas conductas, insignificantes desde la mirada adulta, puedan ser consideradas verdaderos ataques al honor por parte de los menores implicados; 2) la misma consideración puede hacerse respecto de la atenuante por vindicación próxima de una ofensa grave, especialmente por lo que se refiere a la gravedad de la ofensa; 3) la atenuante de arrebató u obcecación presenta especial interés en los delitos agresivos y contra la libertad sexual que son manifestación de una poderosa necesidad por parte del menor de ejercer dominio y control sobre el otro, como consecuencia de una autoestima extremadamente debilitada y/o de una identidad frágil³³; 4) por lo que se refiere a la constatación de una conducta anterior irreprochable, conviene evitar interpretaciones excesivamente puristas de este concepto, bastando con la ausencia de una condena penal anterior y la comprobación de una conducta normalizada en su entorno escolar y familiar, pues de lo contrario se convertirá en una atenuante prácticamente inalcanzable para aquellos menores que deben afrontar situaciones familiares irregulares y complejas, al estar expuestos a un mayor grado de vulnerabilidad respecto de conductas y actitudes propias de ambientes y entornos peor integrados socialmente; 5) la reparación del daño o evitación de consecuencias negativas por parte del menor infractor practi-

³² Esta puede ser una de las razones por las que el legislador establece el cálculo de la culpabilidad por el hecho en dos pasos: en primer lugar la reducción general y en segundo lugar, a partir de ésta, la atenuación correspondiente a las reglas de determinación de la pena previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal.

³³ Es frecuente en estos casos que el ataque se produzca de forma repentina y espontánea, por parte de adolescentes que no han mostrado con anterioridad ninguna conducta problemática y que, una vez cometido el delito, denuncian su comportamiento al tomar conciencia de lo sucedido, Lempp, R., "Jugendliche Mörder", en: Forensische Kinder-, Jugend- und Erwachsenenpsychiatrie. Aspekte der forensischen Begutachtung, 2003, p. 53.

cadadas con anterioridad a la determinación de la concreta culpabilidad por el hecho deberá ir acompañada de la reducción de esta última en la medida en que reduce los efectos dañinos de la infracción para la víctima en concreto, que encuentra un espacio en el que plantear las preguntas, inseguridades, miedos, etc. que genera el ser víctima de un delito y que en la mayoría de las ocasiones únicamente el autor puede resolver. Desde esta perspectiva se evidencia el importante papel que está llamada a cumplir la mediación prejudicial en el marco de la justicia penal juvenil, a lo que se suma su efecto desjudicializador, sumamente interesante en términos preventivo especiales³⁴.

La concurrencia de una de las circunstancias atenuantes previamente señaladas debe considerarse en conjunto con la atenuación general de la culpabilidad por el hecho contenida en el artículo 21 de la LRPA, entendiendo la expresión “*a partir de la pena inferior en un grado al mínimo*” como una fórmula para asegurar en todos los casos, – también cuando el menor estuviera próximo a cumplir los 18 años en el momento de delinquir – y frente a todos los delitos, la aplicación de la atenuación en un grado a la pena prevista para el adulto (atenuación prescriptiva). La consideración conjunta de la atenuante general por menor edad y la específica que pueda concurrir, siempre que tenga la entidad suficiente, abre la puerta a la posibilidad (atenuación facultativa) de alcanzar una reducción de la pena de referencia en dos (artículos 65, 66, 67 del CP) y hasta en tres grados (artículo 68 del CP). De no ser así, es decir, de aplicar las reglas de los artículos 65 ss. del CP de forma separada e independiente de la atenuación general, la única opción para añadir una reducción en un grado al grado correspondiente por la atenuante de menor edad, sería la prevista en el artículo 68 bis del CP, en que se exige, a diferencia de los casos anteriores, que la atenuante alcance el rango de “muy calificada” y que, por lo demás, no permite en ningún caso una reducción mayor – el techo de esta combinación sería, en definitiva, el de la atenuación en dos grados –. Esta última opción supone a todas luces un régimen de medición de las circunstancias atenuantes desfavorable para el menor en comparación con el adulto, que podrá beneficiarse de una reducción de la culpabilidad en dos y tres grados, sin necesidad de que concorra una atenuante especialmente calificada³⁵. Este peor tratamiento del

³⁴ Precisamente la presunción de una correlación entre el inicio de la intervención penal y la introducción del menor en la llamada “carrera criminal” – matizado sin embargo por Boers (et al.), NK, 2/2010, pp. 60 s. – es el principal argumento esgrimido por quienes proponen estrategias desjudicializadoras para hacer frente a la delincuencia de los menores infractores.

³⁵ Sumamente gráfica resulta la comparación de la medición de la culpabilidad del joven adulto en cuyo delito concurren dos circunstancias atenuantes (18 a 21 años) respecto de la operada por

menor contradice, al menos parcialmente – ya que sólo en los casos graves el juez está obligado a aplicar la internación en régimen cerrado, artículo 23.1 LRPA, mientras que en el resto dispone de otras alternativas – la prohibición de imponer al menor una sanción privativa de libertad por un supuesto en que si el condenado hubiese sido un adulto no debiere cumplir una sanción semejante (artículo 26 LRPA)³⁶.

Más allá de esta prohibición, que podría entenderse referida únicamente a las sanciones privativas de libertad³⁷, resulta oportuno, a la vez que aporta mayores garantías, rechazar en sede de culpabilidad la consolidación de un régimen de cuantificación de las circunstancias atenuantes diferente para el menor, es decir, sin recurrir a las consideraciones preventivo-generales y preventivo-especiales que intervienen en la determinación de la sanción penal, así como en su efectiva ejecución: la cuantificación de la culpabilidad por el hecho referida al menor infractor se realiza, al igual que en el caso del adulto, mediante la aplicación de una serie de reglas objetivas a las circunstancias particulares del autor y del hecho delictivo, garantizando así el mismo resultado para quienes vieron afectada su capacidad de culpabilidad (concepto unitario) en la misma medida, aunque por razones diferentes. Esta interpretación es perfectamente compatible con la apreciación de la diferente naturaleza de la atenuación general de la culpabilidad por menor edad, de carácter obligatorio para el juez, y las atenuantes específicas, de carácter facultativo, de tal manera que la apreciación conjunta de ambas no podrá implicar en ningún caso, ni siquiera cuando concurren circunstancias agravantes, la ausencia de reducción en al menos un grado al mínimo de los señalados por la ley.

3. Valoración de las circunstancias agravantes desde la perspectiva del menor

Las presencia de circunstancias agravantes también habrá de ser valorada a la hora de cuantificar la culpabilidad por el hecho del menor infractor, si

el mismo hecho para el menor en quien, junto con la atenuante por menor edad, concorra otra circunstancia atenuante específica.

³⁶ Siendo así que la expresión “no debiere cumplir” permite considerar a su vez los mecanismos de suspensión / sustitución de la sanción privativa de libertad ante la concurrencia de las condiciones de la Ley 18.216. Así lo entiende Horvitz Lennon, REJ, 2006, ob. cit., p. 110.

³⁷ Si bien existe una cierta unanimidad a la hora de entender este tipo de cláusulas extensibles a la intervención penal, en general, impuesta al menor, en el marco de un principio más amplio consistente en evitar que la aplicación de los derechos penales juveniles supongan un trato desfavorable, en comparación con el adulto. Vid. Cruz Márquez, B., “La circunstancia agravante de reincidencia en el derecho penal juvenil”, REJ, N° 11/2011 (Segunda Época), p. 5.

bien teniendo en cuenta los rasgos y peculiaridades de la fase de desarrollo adolescente, por cuanto el mayor injusto que implican se fundamenta en muchos casos en el desprecio a valores cuyo completo significado trasciende la propia capacidad de comprensión social de éste³⁸ y / o la comisión en tales circunstancias o con una determinada motivación es precisamente un indicador del menor grado de madurez del adolescente (“infracción juvenil”)³⁹. En concreto, merecen especial atención las siguientes (artículo 12 CP): 1) Por lo que se refiere a la agravante de abuso de confianza, es preciso cuestionar su concurrencia en los hechos cometidos por menores, en la medida en que se encuentran inmersos en un proceso de adquisición de destrezas para el establecimiento de relaciones interpersonales, en el que se incluye el papel de la confianza y la reciprocidad⁴⁰. 2) La agravante por añadir ignominia a los efectos propios del hecho debería ser considerada únicamente cuando ese especial deshonor producido en la víctima pueda ser incluido en el entorno vital del menor, de forma que haya podido comprender su significado⁴¹. 3) La consideración de la agravante de desprecio u ofensa a la autoridad pública exige tener presente la motivación de estas acciones por parte del adolescente, en el sentido de que en la mayoría de las ocasiones no se trata tanto de provocar una mayor alarma social o de un intento de revertir el orden establecido, sino de manifestaciones del estadio de identidad⁴². 4) Por lo que se refiere a la comisión del delito con auxilio de otras personas, es necesario tener en cuenta la influencia del grupo de iguales en el comportamiento del

³⁸ Hernández Basualto, H., “El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de la ‘teoría del delito’”, *Informes en Derecho. Estudios de Derecho penal juvenil I*, N° 5, 2009, pp. 105 s.

³⁹ El término “infracción juvenil” es el previsto en la ley penal juvenil alemana (JGG) para designar, en el marco de la decisión relativa a la aplicación de la JGG al joven adulto (18 a 21 años), aquellas infracciones cuya perpetración y motivación guardan una estrecha relación con los rasgos típicos de la fase adolescente, pudiendo deducir de su concurrencia que quien las comete posee un grado de madurez similar al propio del menor de edad.

⁴⁰ Coleman / Hendry, *Psicología de la adolescencia*, ob. cit., p. 52

⁴¹ Así, tiene sentido aplicar la agravante a un menor que utilice una forma de expresión o unos gestos /actos especialmente ridiculizantes en el contexto de su grupo de iguales, en la medida en que es capaz de comprender la vergüenza y malestar que está provocando en la víctima en ese momento, mientras que fuera de ese contexto cotidiano y especialmente en ámbitos que el adolescente está comenzando a descubrir, como es el de la sexualidad, es preciso ser más cautelosos a la hora de aplicarla, con independencia de que haya producido ese efecto particularmente deshonoroso para la víctima.

⁴² En este sentido, resulta probado que en el estadio de moratoria, previo al de consecución de la identidad, los individuos puntúan más alto en las medidas de ansiedad y muestran los mayores niveles de conflicto con la autoridad, Coleman / Hendry, *Psicología de la adolescencia*, ob. cit., p. 72.

menor, dada la relevancia que este ostenta en el proceso de socialización, así como en la construcción del autoconcepto y la autoestima. En este sentido, cabe afirmar que la comisión del delito en grupo no tiene en la mayoría de los casos el propósito directo de asegurar la impunidad, con independencia de que objetivamente dificulten enormemente las posibilidades de defensa de la víctima, sino que se trata de un elemento que aporta significado al hecho cometido⁴³. 5) En cuanto a la agravante por cometer el delito durante el cumplimiento de una condena o después de su quebrantamiento, así como en la valoración de la reincidencia de igual o mayor gravedad o en la reincidencia por un delito de la misma especie, su consideración debería incluir la valoración del propio desarrollo evolutivo del menor ya que en no pocas ocasiones la comisión de una nueva infracción penal es precisamente indicativa del éxito del proceso educativo⁴⁴. 6) La agravante por cometer el delito en lugar destinado a culto merece ser considerada con enorme cautela. En primer lugar, porque el significado otorgado por el menor a ese lugar puede ser meramente anecdótico, en el sentido de una mayor notoriedad y transgresión, sin que ello implique una verdadera comprensión del ataque que este tipo de conductas suponen para el ejercicio de la libertad religiosa por parte de los fieles del culto afectado. Pero además este tipo de conductas pueden tener su origen en una situación de conflicto cultural y ser manifestación de un patrón de identificación cultural separada, que se caracteriza por rechazar una de las dos culturas, que puede ser la propia o la de la sociedad más amplia⁴⁵. 7) Por último, respecto de la agravante por ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, es preciso, al igual que sucede con las circunstancias ya comentadas, comprobar que el significado especialmente desvalorado del hecho ha sido comprendido de forma completa por el adolescente, lo cual

⁴³ Este aspecto resulta evidente en los supuestos de acoso escolar en que la impasibilidad del grupo ante las agresiones, leves en un principio, sirve de refuerzo al acosador, que mantiene su conducta, intensificando la gravedad de los ataques y su frecuencia. Sobre la relevancia del grupo en este tipo de procesos, vid., entre otros, Subijana Zunzunegui, I. J., "El acoso escolar. Un apunte victimológico", REPC, 09-03 (2007), pp. 5 s.; Gómez, A. (et al.), "El 'bullying' y otras formas de violencia adolescente", Cuad Med Forense, 13 (48-49), Abril-Julio 2007, p. 173.

⁴⁴ Cuello Contreras, J., "Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad", REPC, 12-01 (2010), p. 18.

⁴⁵ Phinney, J. / Devich-Navarro, M., "Variations in bicultural identification among African-American and Mexican-American adolescents", Journal of Adolescent Research, 7, 1997, pp. 3 – 32, citados por Coleman, J. C. / Hendry, L. B., Psicología de la adolescencia, 2003, p. 74.

será cuestionable en la mayoría de los casos, por no encontrarse aún en un grado suficiente de desarrollo social. Por otra parte, conviene analizar la motivación real del menor para cometer los hechos con ese plus de ofensividad y desprecio, lo que puede ser indicativo de un cambio relevante en la autoestima o de un problema determinado de afrontamiento⁴⁶, lo que anularía la aplicación de la agravante.

Al igual que sucede con las atenuantes específicas, la consideración de circunstancias agravantes debe realizarse de forma conjunta con la atenuación general por menor edad, de manera que quede vetada la posibilidad de agravar la pena de referencia en un grado, condicionada a la ausencia de atenuantes en el caso concreto. Como consecuencia de ello, la estimación de consecuencias agravantes ante el delito cometido por el menor infractor tendrá como consecuencia, a lo sumo, que el marco de referencia para determinar la sanción juvenil sea el del máximo de la resultante tras calcular la reducción en un grado sobre la prevista para ese delito en el CP. Este relativo efecto de la presencia de circunstancias agravantes en el delito cometido por un menor es coherente con su diferente culpabilidad, referida no sólo a los rasgos básicos que configuran el delito, sino también a aquellos elementos que implican un mayor disvalor.

II. Determinación de la sanción: reglas referidas a la naturaleza y duración

Una vez cuantificada la culpabilidad por el hecho, que es el resultado de aplicar la atenuación general por menor edad, conjuntamente con las atenuantes y agravantes específicas, al marco penal previsto en el CP para el delito cometido, el siguiente paso consiste en determinar la sanción a cumplir por el menor infractor (artículos 23 y 24 LRPA). Sin ser objeto del presente trabajo el profundizar en el sistema de determinación previsto en la LRPA, estructurado sobre el compromiso entre criterios defensoristas y consideraciones puramente educativas, es preciso distinguir los aspectos que intervienen en dicha decisión que son manifestación directa del principio de culpabilidad y de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, cabe señalar los siguientes: la previsión de un catálogo de sanciones diferente al previsto para el adulto (artículo 6 LRPA), la fijación de límites de duración específicos (artículos 11, 13, 14 y 18 LRPA) y

⁴⁶ Sobre el afrontamiento en la adolescencia, COLEMAN / HENDRY, *Psicología de la adolescencia*, ob. cit., pp. 227 ss.

el establecimiento de un régimen escalonado de equivalencias entre la pena calculada conforme a la culpabilidad por el hecho del menor y la sanción a imponer.

Las consideraciones realizadas acerca de la medición de la culpabilidad por el hecho del menor infractor podrían llevar a concluir que la diferencia entre ésta y la culpabilidad del adulto es meramente cuantitativa. Sin embargo, pese a que suele omitirse, las diferencias son también cualitativas, consecuencia principalmente de concebir la realidad y de relacionarse con el otro y con la comunidad de una forma completamente distinta. Manifestación de estas diferencias cualitativas son tanto la previsión de sanciones específicas como el establecimiento de límites máximos a la privación de libertad (art. 18 LRPA), ya que el único modo posible de exigir responsabilidad penal al menor respetando la fase de desarrollo de la personalidad en que se encuentra y los efectos que ello tiene en sede de culpabilidad, es adaptar la respuesta a sus peculiaridades, tanto a nivel de contenido como de duración. De ahí que los supuestos en que, en aras de la prevención general y la pacificación social, se establecen intervenciones que no se ajustan a tales peculiaridades⁴⁷, constituyen, además de un giro hacia consideraciones defensistas en detrimento del interés superior del menor, una vulneración del principio de culpabilidad⁴⁸, entendida como una magnitud de doble dimensión, cuantitativa y cualitativa. Las reglas de determinación de la naturaleza de la sanción previstas en el artículo 23 de la LRPA establecen un régimen escalonado de equivalencias en función del resultado del cálculo de la culpabilidad por el hecho por parte del menor infractor. Una de las funciones que cumple su configuración escalonada es la de garantizar la proporcionalidad entre la sanción y la gravedad de la conducta cometida, entendida ésta como límite máximo infranqueable de la intervención penal, con independencia de las necesidades socio-educativas que presente el menor. Ahora bien, la enorme diferencia en términos de restricción de derechos entre las sanciones privativas de libertad (internación en régimen cerrado y en régimen semicerrado) y aquellas que se desarrollan en medio abierto (libertad asistida, prestación de servicios, reparación, multa y amonestación) permiten cuestionar la aplicación de las primeras en los supuestos en que, en razón de la culpabilidad por el hecho, es posible también la imposi-

⁴⁷ Por ejemplo, la previsión de marcos de duración de las sanciones privativas de libertad superiores a un año implican una desatención absoluta de la percepción del tiempo por parte del adolescente.

⁴⁸ Cruz Márquez, B., "Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente", AFDUAM, 15 (2011), pp. 243 ss.

ción de una sanción no privativa de libertad o de una sanción que implique una diferencia sustancial en la restricción de derechos. Y ello porque no basta con asegurar la proporcionalidad de la sanción en abstracto, comparándola con la gravedad de la culpabilidad, sino que es preciso garantizar a su vez la proporcionalidad interna del régimen, incapaz de explicar, por ejemplo, que en un supuesto en que la pena de referencia no supera los 5 años se aplique la misma pena, internación en régimen cerrado o semicerrado, que cuando la pena de referencia sí supera los 5 años, máxime cuando existe la posibilidad de imponer una sanción de libertad asistida especial. Cabe concluir, como regla general de determinación de las sanciones acorde con esta idea de proporcionalidad interna apenas esbozada, que las sanciones coincidentes en varios escalones deben aplicarse casi exclusivamente en el más alto en que estén previstas, o, al menos, realizar un ajuste sustancial al establecer la duración, a fin de evitar solapamientos entre supuestos de distinta gravedad.

III. Conclusiones intermedias: una propuesta de medición de la culpabilidad por el hecho atendiendo a la naturaleza del delito cometido.

Si bien la medición de la concreta culpabilidad por el hecho es una labor que habrá de ser realizada en cada caso, ponderando las diferentes circunstancias concurrentes, puede resultar de utilidad esbozar las principales circunstancias que afectan a dicha cuantificación según la naturaleza de los hechos, al objeto de normalizar su inclusión, toda vez que el análisis de la culpabilidad se demuestra como uno de los más complejos y difusos en la práctica judicial. En concreto, se analizarán con cierto detalle los siguientes delitos contra las personas, a fin de profundizar en las circunstancias específicas que pueden afectar la culpabilidad del menor, con independencia de la evidente gravedad de estos comportamientos, así como de los terribles efectos que se derivan para la víctima; así: delitos contra la vida, delitos contra la integridad física y delitos contra la libertad sexual.

- *Delitos contra la vida.* En estos supuestos será conveniente descartar, entre las circunstancias que pueden constituir una eximente incompleta (artículo 73 CP) por afectar, sin excluirla, la capacidad de culpabilidad, las siguientes constelaciones: 1) Supuestos en que la muerte constituye la realización de la realidad paralela (fantasías) por parte del menor, a través de una identificación excesiva con el rol elegido dentro de la

fantasía⁴⁹. 2) Casos en que la realización de la realidad paralela se produce en el contexto de una fantasía compartida por el grupo de pares, de efectos similares a los anteriores. 3) Detección en el relato del menor infractor de miedo a perder poder o reputación en el contexto del grupo de iguales, en la mayor parte de los casos imaginada. En la mayoría de las ocasiones el homicidio es el punto final de un proceso prolongado de comisión de agresiones a otros menores más débiles. 4) Utilización de una violencia extrema, de forma inesperada, como mecanismo para reprimir un impulso que el menor es incapaz de asumir. Es frecuente en estos casos que el menor tenga una relación emocional con la víctima, que el hecho contradiga claramente la escala de valores del menor y que éste posteriormente sea incapaz de explicar el motivo del homicidio. Entre las atenuantes a considerar, bajo la forma de “arrebato u obcecación” (artículo 11, 5ª CP), destacan los supuestos en que se pueda comprobar que el homicidio ha tenido lugar en un proceso de huida hacia adelante, que se caracteriza por la incapacidad para plantearse otras opciones más razonables e inocuas. En estos supuestos, el homicidio no ha sido planeado previamente, sino que con frecuencia es una reacción a un hecho o escena previos con los que el menor se ve confrontado de repente. A su vez, cabe interpretar en clave atenuatoria la ingesta de una escasa cantidad de alcohol y/o drogas cuyo efecto desinhibidor, sin embargo, haya sido especialmente relevante.

- *Delitos contra la integridad física.* La valoración de la culpabilidad por el hecho en los delitos de lesiones depende en gran medida de la relación previa entre el menor infractor y la víctima. Así, cuando la víctima pertenece al entorno del menor, adquieren especial relevancia, en clave de disminución de la capacidad de culpabilidad, especialmente en su aspecto volitivo, las manifestaciones más graves de los siguientes supuestos: 1) Evidente retraso en el desarrollo emocional del menor, que es independiente del desarrollo cognitivo e indicativo de regresiones a periodos de la infancia ya superados. Estos menores se caracterizan por mostrar una escasa tolerancia a la frustración. 2) Escasa empatía por parte del menor e identificación con un modelo conductual basado en el dominio, en el que producir miedo en el otro se convierte en necesario y sustituye a la satisfacción del deseo de intercambio, el cuidado del otro y el ponerse en su lugar. 3) Déficit significativos de autoesti-

⁴⁹ Lempp, “Jugendliche Mörder”, ob. cit., pp. 53 ss.

- ma y el temor a carecer de la aceptación del grupo, ya que en estos casos la conducta violenta constituye una forma de protección ante la posibilidad de ser agredido (imaginaria). 4) Represión del motivo, con incapacidad por parte del menor para explicar el motivo de la agresión. En estos casos la conducta agresiva resulta sorprendente porque contradice claramente la escala de valores del menor y su comportamiento habitual y porque mantiene con la víctima una estrecha relación emocional. 5) Bidireccionalidad en los supuestos de violencia filoparental, en la medida en que haber sido víctima de violencia física, psíquica o emocional por parte de los padres durante la infancia, implica una mayor vulnerabilidad frente al ejercicio de la violencia en el ámbito doméstico. Cuando la víctima no pertenezca al entorno social del menor, cabe entender reducida la capacidad de culpabilidad, entre otras, ante la concurrencia de las siguientes circunstancias: 1) Haber cometido las lesiones bajo la influencia del alcohol u otras sustancias, sobre todo cuando el menor no tiene experiencia aún acerca de sus efectos psicoactivos, siendo así que le resultará más difícil controlar su comportamiento. 2) Comisión de las lesiones en el marco de una banda juvenil o bajo la influencia directa de un adulto de referencia, con quien mantenga una relación emocional estrecha, siempre que la influencia de unos u otro sea tal que, bien induzcan al menor a actuar bajo la apariencia de justificación de la violencia – estimables a través de la atenuante de vindicación próxima de una ofensa grave, en los que cabe plantear la concurrencia de un error de prohibición indirecto –, bien dificulten enormemente al menor la conformidad con la norma que identifica correctamente. 3) Cometer las lesiones en una reacción de huida hacia adelante, frecuente en los casos en que el menor, en el transcurso de la comisión de unos hechos desaprobados, no necesariamente delictivos, se haya visto confrontado con circunstancias inesperadas, bloqueando su capacidad para resolver la situación por medio de opciones menos lesivas.
- *Delitos contra la libertad sexual.* El artículo 4 de la LRPA recoge una regla especial para los delitos sexuales, excluyendo la responsabilidad penal por los supuestos de protección de la indemnidad sexual (artículos 362, 365, 366 bis, 366 quáter y 366 quinquies CP) cuando la diferencia etaria entre autor y víctima no supere los 2 ó 3 años de edad. De este modo, excepto por lo que se refiere a la promoción o favorecimiento de

la corrupción de menores (artículos 367 y 367 ter CP)⁵⁰, la responsabilidad penal del menor se fundamenta en el uso de la violencia (fuerza o intimidación) o en el abuso de superioridad / desvalimiento de la víctima (privación de sentido, enajenación, desamparo, inexperiencia o ignorancia sexual). Por consiguiente, sin perjuicio del artículo 4 de la LRPA, en la valoración de la culpabilidad del menor por un supuesto en que haya mediado fuerza o intimidación deberá prestarse especial atención, en la medida en que pueden mermar de forma relevante la capacidad de autodeterminación, a los siguientes aspectos: 1) Sexualización traumática por parte del menor agresor. Son supuestos en que el menor ha estado sometido durante la infancia a la experimentación de impotencia o frustración graves (desatención parental afectiva, testigo de violencia en el seno familiar), de forma que a través de la violencia sexual puede experimentar control y poder, resultándole cada vez más difícil renunciar a ella. 2) Déficit muy significativos de competencia social y aislamiento, con incapacidad para construir apegos interpersonales, que es precisamente el mejor freno ante la conducta abusiva. 3) Incapacidades del desarrollo o retraso mental. En estos casos la probabilidad de haber sido víctima de abuso se eleva y a ello se añade una escasa naturalidad a la hora de plantear sus necesidades sexuales. 4) Confusión de la identidad sexual y supuestos en que se empiezan a apreciar disfunciones sexuales. Una forma de canalizar el estrés intolerable que pueden conllevar estas situaciones consiste en percibir el sexo como una forma de experimentar poder y control, de disipar la rabia y la frustración. Por otra parte, cuando la responsabilidad penal se fundamente en el aprovechamiento de la situación de desprotección de la víctima, será preciso atender a las siguientes circunstancias: 1) Déficit significativos de autoestima y competencia social, en la medida en que determinen la ausencia de las habilidades necesarias para mantener relaciones sanas o hayan determinado una madurez sexual tardía o precoz. 2) Victimización sexual y pobre autoconcepto, acompañados con frecuencia de ideaciones suicidas. Son los rasgos que aparecen con mayor frecuencia en el caso de las chicas que cometen ofensas sexuales.

⁵⁰ En estos casos habrá que descartar la posible concurrencia de un error de prohibición evitable, dada la complejidad del bien jurídico indemnidad sexual y de algunos elementos del tipo, así como la normalidad con que se utilizan dispositivos de vídeo / fotográficos para documentar cualquier actividad cotidiana. Ya, al respecto, Hernández Basualto, "El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de la "teoría del delito", ob. cit., p. 93.

Respecto del resto de conductas delictivas cometidas por los menores con mayor frecuencia, como son las amenazas y coacciones, las injurias, los delitos contra la propiedad, en sus diferentes modalidades, los delitos contra la ley de tránsito y delitos contra la ley de drogas, son aplicables las consideraciones anteriormente expuestas al analizar la cuantificación de la culpabilidad por el hecho a través de la aplicación de la eximente incompleta, así como del catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes previstas en el CP.

IV. Bibliografía

- BOERS, K. / SEDDING, D. / REINECKE, J., "Sozialstrukturelle Bedingungen und Delinquenz im Verlauf des Jugendalters: Analysen mit einem kombinierten Markov- und Wachstumsmodell", *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, (MschrKrim)*, núm. 92, vol. 2/3, 2009.
- BOERS, K. (et al.), "Jugendkriminalität – Altersverlauf und Erklärungszusammenhänge. Ergebnisse der Duisburger Verlaufsstudie Kriminalität in der modernen Stadt", *Neue Kriminologie (NK)*, 2/2010.
- CARRETERO, M. / PALACIOS, J. / MARCHESI, Á. (eds.), *Psicología evolutiva. 3. Adolescencia, madurez y senectud*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- COLEMAN, J. C. / HENDRY, J. C., *Psicología de la adolescencia*, Morata, Madrid, 2003.
- COUSO, J., "Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes: el caso de la ley chilena", *Justicia y Derechos del Niño*, N° 10, UNICEF, Santiago, 2008.
- CRUZ MÁRQUEZ, B., *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- CRUZ MÁRQUEZ, B., "Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 15 (2011).
- CRUZ MÁRQUEZ, B., "La circunstancia agravante de reincidencia en el derecho penal juvenil", *Revista de Estudios Jurídicos (REJ)*, N° 11/2011 (Segunda Época).

- CUELLO CONTRERAS, J., "Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delinquentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 12-01 (2010).
- DÍAZ-AGUADO JALÓN, M.^a J., "Capítulo 16. El desarrollo moral", en: *Psicología evolutiva. Tomo II*, UNED, Madrid, 1997.
- ELKIND, D., "Egocentrism in adolescence", *Child Development*, núm. 38, 1967.
- ESPINOSA BREEN, P. / CLEMENTE DÍAZ, M. / VIDAL VÁZQUEZ, M. Á., "Conducta antisocial y desarrollo moral en el menor", *Psicothema*, Vol. 14, 2002.
- FISCHER, A., *Strafmündigkeit und Strafwürdigkeit im Jugendstrafrecht*, Europäische Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2000.
- FREHSEE, D., "Strafreife - Reife des Jugendlichen oder Reife der Gesellschaft?", en: ALBRECHT, P.-A. (et al.), *Festschrift für Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln (et al.), 1993.
- GÓMEZ, A. (et al.), "El 'bullying' y otras formas de violencia adolescente", *Cuadernos de Medicina Forense*, 13 (48-49), Abril-Julio 2007.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., "Desarrollo en la adolescencia. Desarrollo psicobiológico y cognitivo. Construcción de la identidad. Desarrollo del autoconcepto y de la afectividad", en: *Psicología del ciclo vital, 3ª edición*, Editorial CCS, Madrid, 2006.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, H., "El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de la 'teoría del delito'", *Informes en Derecho. Estudios de Derecho penal juvenil I*, N° 5, 2009.
- HORVITZ LENNON, M. I., "Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable", *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, N° 7, 2006.
- LEMPF, R., "Jugendliche Mörder", en: *Forensische Kinder-, Jugend- und Erwachsenenpsychiatrie. Aspekte der forensischen Begutachtung*, Schattauer Verlag, 2003.
- LÖSEL, F. / BLIESENER, T., "Zur Altersgrenze strafrechtlicher Verantwortlichkeit von Jugendlichen aus psychologischer Sicht", *DVJJ-Journal*, núm. 158, 4/1997.

- MARTÍN CRUZ, A., *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*, Comares, Granada, 2004.
- PETERS, K., "Die Beurteilung der Verantwortungsreife", en: UNDEUTSCH, U. (ed.), *Handbuch der Psychologie, Bd. 11, Forensische Psychologie*, Verlag für Psychologie, D.R.C.J. Hogrefe, Göttingen, 1967.
- PHINNEY, J. / DEVICH-NAVARRO, M., "Variations in bicultural identification among African-American and Mexican-American adolescents", *Journal of Adolescent Research*, 7, 1997.
- RUPP-DIAKOJANNI, T., *Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugendstrafrechtlichen Systematik. Ein Vergleich zwischen dem deutschen und dem griechischen Jugendsatrafrecht*, Centaurus-Verlagsgesellschaft, Pfaffenweiler, 1990.
- SELMAN, R., *The growth of interpersonal understanding: developmental theory and pair therapy*, Academic Press, Londres, 1980.
- SPECHT, F., "Neurotische Störungen und Entwicklungskrisen im Jugendalter", en: *Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen*, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Gustav Fischer Verlag, Stuttgart (et al.), 1994.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., "El acoso escolar. Un apunte victimológico", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 09-03 (2007).
- VARONA GÓMEZ, D., "Medios de comunicación y punitivismo", *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, 2011.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Colex, Madrid, 2003.
- ZIMMERMAN, M. (et al.), "A longitudinal study of selfesteem: implications for adolescent development", *Journal of Youth and Adolescence*, 26, 1997.

II. La víctima en las audiencias de sustitución y remisión de la condena de adolescentes. Algunas cuestiones problemáticas en relación con su notificación y participación

Raúl Núñez Ojeda

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

1. Introducción

Se ha servido la Defensoría Penal Pública en consultar mi opinión en relación a la regulación en Chile de la participación de la víctima en la institución de la sustitución y remisión de la condena en el marco de la Ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones de la ley penal. Para tal efecto, se estudiará el concepto de ofendido, perjudicado y víctima por el delito en el sistema procesal nacional, el concepto y naturaleza de la ejecución penal, la institución de la sustitución y remisión de la condena regulada en Derecho español, la sustitución y la remisión de la condena regulada en los artículos 53 a 55 de la Ley 20.084, la posición del ofendido (víctima) en el proceso penal de adultos y adolescentes, y finalmente, los problemas relativos a la participación de la víctima en la audiencia de sustitución y remisión de condena.

2. El concepto de ofendido, de perjudicado y de víctima del delito

Si acudimos al texto actualmente vigente del Código Procesal Penal, éste no ofrece un concepto de ofendido^{1 2}. Así las cosas, es necesario dar un paso más en la investigación y fijar con claridad los conceptos de ofendido y perjudicado, para luego abordar el de víctima del delito.

Para ANTOLISEI³, un hecho ilícito es siempre un hecho nocivo. Este hecho nocivo puede ser designado con el nombre de daño, expresión usualmente empleada. Sin embargo, si bien esta expresión no es incorrecta, es preferible utilizar palabras distintas para significar cosas diversas. Por esto es conveniente distinguir entre *ofensa* y *daño*. La *ofensa* es la lesión o puesta en peligro de un interés jurídicamente protegido que constituye la esencia del hecho mismo. El *daño* no es un mal insito en el delito, o sea la ofensa, sino aquel particular perjuicio representado por las consecuencias nocivas del hecho mismo.

Por tanto, la distinción entre ofendido y perjudicado queda fijada en los siguientes términos: *ofendido* (o sujeto pasivo del delito⁴) es el titular o portador del interés jurídicamente protegido cuya ofensa (lesión o puesta en peligro) constituye la esencia del delito⁵; *perjudicado* es el titular de la esfera en que inciden

¹ Un caso similar ocurre en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. En efecto, el hoy derogado, por la LO. 5/1995, artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal disponía: "se entiende por ofendido aquel a quien directamente dañe o perjudique el delito".

Entre las leyes procesales penales de otros Estados europeos se puede encontrar una definición legal del término ofendido por el delito en el artículo 68.1 a) del Código de Processal Penal Portugués de 1987, que señala: "(...) os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, (...)".

² Es común que en algunas legislaciones se use como sinónimos las expresiones ofendido y perjudicado por el delito. Un ejemplo lo encontramos en los arts. 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en que se hace una utilización indistinta de ambos términos.

³ Antolisei, Francesco, *L'offesa e il danno nel reato*, 1930, citado por: Gómez Orbaneja, Emilio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, Bosch, Barcelona, 1951, págs. 258 y ss.

⁴ En la dogmática penal se utiliza el término "sujeto pasivo del delito", por todos ver: Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, *Manual de Derecho Penal. Parte general* (4° ed.), PPU, Barcelona, 1994, pág. 297; Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español* (5° ed.), vol. II, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 71; Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás, *Derecho Penal. Parte general* (4° ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 331; Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, pág. 316; Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte general* (5° ed.), PPU, Barcelona, 1998, pág. 198; y, Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte general* (2° ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 279.

⁵ Para Califano (Califano, Enrico, *La condotta del soggetto passivo*, Giuffrè, Milano, 1969, pág. 24) el sujeto pasivo será la persona o personas titulares del interés tutelado que se ha atacado

directamente las consecuencias nocivas del hecho ilícito, el titular de intereses extrapenales patrimoniales y/o no patrimoniales.

Hay autores que distinguen también entre: ofendido (sujeto pasivo) genérico o mediato y ofendido (sujeto pasivo) específico o inmediato. Desde esta perspectiva, sujeto pasivo genérico –para todo delito–, sería el Estado en cuanto éste asume la defensa de los bienes jurídicos aun cuando sean de titularidad individual⁶.

Siguiendo la delimitación de conceptos y términos, cabe distinguir conceptualmente el ofendido por el delito del sujeto pasivo de la acción y del objeto material del delito. El primero se refiere a la persona sobre la que recae la acción típica. El segundo, esto es el objeto material del delito, es la persona o cosa sobre la que recae físicamente la acción, por lo que también es designado como “objeto de la acción”⁷. Un ejemplo ilustrará la diferencia: engañando a un dependiente de una joyería, alguien se hace entregar por él unas joyas con las que desaparece⁸. En este caso, el ofendido es el propietario de la joyería, el sujeto pasivo de la acción es el dependiente de la misma y la cosa hurtada (las joyas) el objeto material del delito.

Normalmente, el ofendido coincide con el perjudicado, pero puede ocurrir que el perjuicio trascienda a un tercero, dada la mayor amplitud de la noción de perjudicado⁹. Pues, ésta comprende toda persona que haya sufrido un perjuicio

o puesto en peligro. Otra definición de ofendido partiendo desde la perspectiva de los bienes jurídicos es la elaborada por V. Liszt (Liszt, Franz von, Tratado de Derecho Penal, vol. II, trad. L. Jiménez de Azúa, Reus, Madrid, 1914-1929, pág. 464) que define al ofendido por el delito como “(..) la persona a quien pertenece el bien jurídico atacado inmediatamente por el hecho punible”; en este mismo sentido se pronuncia Tranchina (Tranchina, G. (con Siracusano, D.; Galiti, A.; y Zappalà E.), Diritto Processuale Penale (2º ed.), vol. I, Giuffrè, Milano, 1996, pág. 205) para quien el ofendido es: “(..) il titolare del bene giuridico la cui lesione o la cui messa in pericolo costituisce l'essenza della condotta penalmente illecita”.

⁶ Mata y Martín, Ricardo M., Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Comares, Granada, 1999, pág. 15.

⁷ Distinción que en la dogmática penal sustentan la mayoría de los autores, por todos ver: Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, Manual de Derecho Penal. Parte general, op. cit., pág. 297; Cerezo Mir, José, Curso de Derecho Penal Español, vol. II, op. cit., pág. 71; Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás, Derecho Penal. Parte general, op. cit., pág. 331; Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general, op. cit., pág. 199; y, Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho Penal. Parte general, op. cit., pág. 279.

⁸ Ejemplo tomado de: Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general, op. cit., pág. 198.

⁹ El ofendido no coincide con el perjudicado en casos como el homicidio, donde el ofendido es quien pierde a vida, como titular de tal bien jurídico, siendo considerados perjudicados aquellos familiares que vivían de su trabajo o resultan lesionados en sus efectos. Otros ejemplos son los que

material o moral por la comisión del delito aunque no sea el titular del interés jurídicamente lesionado o puesto en peligro por el delito. El Código Penal español parece distinguir con claridad las dos nociones al disponer en el artículo 113: “La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros”.

Finalmente, cabe preguntarse si el concepto de víctima comprende tanto el de ofendido y el de perjudicado o sólo el primero de ellos. Una parte de la dogmática¹⁰ identifica el concepto de víctima con el de ofendido por el delito¹¹. Para un segundo grupo de autores¹², el concepto de víctima engloba tanto el de ofendido como el de perjudicado por el delito. También existiría un tercer grupo de autores para los cuales el concepto de ofendido (sujeto pasivo) sería más amplio que el concepto de víctima¹³.

En nuestra opinión, frente a un concepto abstracto y general, resultaría preferible un concepto pragmático de víctima. Así, víctima es la persona que, en

nos proporcionan los profesores chilenos Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, Lecciones de Derecho Penal, t. II, Trotta, Madrid, 1999, págs. 50 y 51) al señalar que si alguien hurta a un niño el bolso de su madre, estando éste asegurado, el ofendido por el delito será la madre y el perjudicado será la entidad aseguradora; una segunda hipótesis nos propone el profesor italiano Lozzi (Lozzi, Gilberto, Lezioni di procedura penale (2^o ed.), Giappichelli, Torino, 1995, págs. 102 y 103): “Se Tizio guidando in modo imprudente investe una automobile guidata da Caio e di proprietà di Sempronio ed in tal modo cagiona lesioni a Caio e danni all'auto di Sempronio, si avrà un danneggiato (Caio) che è nel contempo persona offesa del reato di lesioni ed un danneggiato (Sempronio) che non è persona offesa del reato”.

¹⁰ Ver a modo indicativo: Giarda, Angelo, La persona offesa dal reato nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1971, págs. 3 y ss; Frosali, Raul A., “Soggetto passivo del reato”, Novissimo Digesto Italiano, vol. XXVII, UTET, Torino, 1970, págs. 816 y ss; y, Queralt, Joan J. “Victimas y garantías: algunos cabos sueltos”, Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin (ed. JM. Silva Sánchez), JM. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 156 y ss.

¹¹ En palabras de Antolisei (Antolisei, Francesco [con L. Conti]), Manuale di Diritto Penale. Parte generale (14^o ed.), Giuffrè, Milano, 1997, pág. 184 “Per soggetto passivo si intende la persona offesa dal reato: in altre parole, la vittima del reato”. En el mismo sentido, a modo indicativo: Chiavario, Mario, Appunti sul processo penale, Giappichelli, Torino, 2000, pág. 178; y, Corra, Michele M. y Riponti, Danilo, La vittima nel sistema italiano della giustizia penale, CEDAM, Padova, 1990, págs. 1 y 2.

¹² Entre otros: Fondaroli, Désirée, Illicito penale e riparazione del danno, Giuffrè, Milano, 1999, págs. 51 y 52; Landrove Díaz, Gerardo, La moderna Victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 160; y, Silva Sánchez, Jesús María, “Innovaciones técnico-prácticas de la Victimología en el Derecho Penal”, Victimología, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990, pág. 77.

¹³ Bustos Ramírez, Juan (con Larrauri Pijoan, Elena), Victimología: Presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas, PPU, Barcelona, 1993, págs. 17 y ss.

cada caso concreto, resulta afectada por el hecho punible en la esfera de sus intereses jurídicamente protegidos¹⁴.

Ésta parece ser la idea sobre la que se elaboró el concepto de víctimas contenido en la *Declaración de las Naciones Unidas sobre Principios Básicos de la Justicia en relación con las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder*¹⁵. De acuerdo a la misma, son víctimas de delitos: “Las personas que, individualmente o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente”. Por otro lado, cabe destacar que recientemente el Consejo de la Unión Europea, en su Decisión Marco de 15 de marzo del 2001, relativa al *estatuto de la víctima en el proceso penal*¹⁶, en su artículo 1, define a la víctima como: “la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado Miembro”.

Tales definiciones ponen de manifiesto la dificultad al elaborar un concepto abstracto de víctima sin tener en cuenta, en cada caso concreto, el titular del interés o bien jurídicamente protegido por la norma penal. Por tanto, es necesario considerar como víctimas a toda persona o conjunto de personas a las que el delito cause un daño o un perjuicio¹⁷.

El presente trabajo utilizará preferentemente los conceptos de ofendido y perjudicado por el delito sobre el concepto de víctima. Pues, a nuestro parecer, aquellas expresiones conllevan ciertas ventajas metodológicas¹⁸. La primera ventaja es

¹⁴ En el mismo sentido: Weigend, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, págs. 414 y ss.

¹⁵ El «Center for International Crime Prevention» dependiente de Naciones Unidas a elaborado un documento que desarrolla las ideas contenidas en Declaración sobre Principios Básicos de la Justicia en relación con las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder: *Handbook on Justice for Victims. On the use and application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime an Abuse of Power*, New York, 1999.

¹⁶ DOCE L 82, 22.03.2001, págs. 1 y ss.

¹⁷ En el mismo sentido: Aragonés Martínez, Sara, “Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección (I)”, *RDProc*, 1995, pág. 419; Pérez Gil, Julio, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, pág. 349; Ramos Méndez, Francisco, “La tutela de la víctima en el proceso penal”, *Justicia*, 1995, págs. 27 y 28; Solé Riera, Jaume, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 21; y, Bonet Esteva, Margarita, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, págs. 128 y 129.

¹⁸ En éste sentido: Tranchina, Giovanni, “La vittima del reato nel sistema penale italiano”, *Dalla parte della vittima (Dir. Gulotta y Vagaggini)*, Giuffrè, Milano, 1980, pág. 319.

permitir una mayor precisión conceptual. Efectivamente, el concepto de víctima, como se analizó en el párrafo anterior, comprende tanto al ofendido como al perjudicado, haciendo imposible una distinción entre ambos conceptos¹⁹.

Una segunda ventaja consiste en permitir una mayor coherencia discursiva, por cuanto el concepto de víctima se encuentra más vinculado a la victimología que a la dogmática procesal penal²⁰. En consecuencia, su utilización puede comportar la introducción de consideraciones ajenas a la ciencia procesal penal, susceptibles de generar algunas distorsiones en el momento de emplearla para analizar conceptos básicos de aquella ciencia²¹.

¹⁹ Además, la noción de víctima tiene un problema adicional. Como apunta Albrecht (Albrecht, Peter-Alexis, *Kriminologie*, CH. Beck, München, 1999, pág. 387), mirado con distancia, éste se nos presenta como un concepto opalescente de la justicia criminal. Opalescente, en el sentido que el concepto de víctima dependerá, en gran medida, de la perspectiva del observador. Así las cosas, podemos encontrar: 1) la víctima que primero es neutralizada normativamente para luego ser redescubierta; 2) la víctima presentada por los medios de comunicación que atrae el interés político, especialmente en los tiempos de elecciones; 3) la víctima que comienza a ser objeto de estudios científicos y el punto de partida de la crítica criminológica del significado y función de la justicia criminal; 4) la víctima quien constituye un elemento de la infracción criminal necesario para la aplicación de la justicia criminal; y, 5) la víctima invisible y potencial que se siente expuesta a los incontrolables peligros de la era moderna.

²⁰ Para la dogmática germana la distinción entre Opfer (víctima) y Verletzter (ofendido), en el sentido antes señalado puede verse en: Riess, Peter, "Der Strafprozeß unde der Verletzten –eine Zwischenbilanz", *JURA*, 1987, págs. 218 y ss. En todo caso, en Alemania la expresión Opfer (víctima) es propia de la criminología mientras que la ciencia procesal trabaja con la expresión Verletzter (ofendido) y la doctrina civil con la denominación Geschädigter (perjudicado). En Italia Giarda (Giarda, Angelo, "La vittima del reato nel sistema del processo penale italiano: Lineamenti", Dalla parte della vittima (dir. Gulotta y Vagaggini), op. cit., pág. 331) señala: "La locuzione "vittima del reato" non appartiene propriamente al linguaggio tecnico-giuridico, ma a quello, di più recente conio, di una branca della criminologia che, sulla scorta delle analoghe espressioni francesi, inglesi e tedesche soprattutto, prende appunto il nome di «vittimologia»".

²¹ La Victimología o estudio sobre la víctima, tanto en su papel activo o pasivo en el surgimiento y producción del delito como posteriormente en la resolución del conflicto provocado por el delito, surge primero como una parte de la Criminología. Pero actualmente tiende a una autonomía completa respecto de aquella, por más que continúe habiendo algunas voces que defiendan su ubicación dentro de la Criminología. Sobre Victimología, excluyendo aquellos trabajos referidos a la posición de la víctima en el proceso penal que serán citados más adelante en los epígrafes correspondientes, se puede consultar a título indicativo: Artz, Gunther, "Victimologie und Strafrecht", *MschKrim*, 1984, págs. 105 y ss.; Beristan, Antonio, *Nueva criminología desde el Derecho Penal y la victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; id, *Victimología. Nueve palabras claves*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, JM. Bosch, Barcelona, 1998; Drapkin, J, "El Derecho de las Víctimas", *ADPCP*, 1980, págs. 367 y ss.; Fizzola, Gina, *Victimes et vitimologie*, PUF, Paris, 1995; García-Pablos, Antonio, *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; id,

El Código Procesal Penal chileno en su artículo 108 define de forma tautológica el concepto de víctima, ya que señala: “que considerará víctima al ofendido por el delito”, pero, como se señaló anteriormente, no define el concepto de ofendido. Con todo, de la lectura del inciso segundo del mismo artículo²² queda claro que el Legislador utiliza el concepto de ofendido por el delito en los términos defendidos en este trabajo. En efecto, esta es la única conclusión que se puede derivar

Tratado de criminología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; Gulotta, G., *La Vittima*, Giuffrè, Milano, 1976; Hassemmer, Raimund, *Schutzbedürftigkeit des Opfer und Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981; Hassemmer, Winfried, “Consideraciones sobre la víctima del delito”, trad. R. Cantero, ADPCP, 1990, págs. 241 y ss.; id, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (2° ed.), CH. Beck, München, 1990, págs. 67 y ss.; Henting, Hans von, *The criminal and his victims*, Yale University Press, New Haven, 1948; Herrera Moreno, Myriam, *La hora de la víctima*. Compendio de victimología, Edersa, Madrid, 1996; Hillemkamp, Thomas, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Otto Schwart, Göttingen, 1981; Landrove Díaz, Gerardo, *La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; Mawby, R.I. y Walklate S., *Critical Victimology*, Sage Publications, London, 1994; Neuman, Elías, *Victimología: el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984; id, *Victimología y control social*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994; Peris Riera, Jaime Miguel, “Aproximación a la Victimología. Su justificación frente a la Criminología”, CPC, 1988, págs. 93 y ss.; id, *Proyecciones penales de las víctimas: excesos dogmáticos ante deficiencias prácticas*, Generalitat de València, Valencia, 1989; id, “Situación jurídico-procesal y económica de la víctima en España”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 13, 1991, págs. 45 y ss.; Rodríguez Manzanera, Luis, *Victimología. Estudio de la víctima*, Porrúa, Ciudad de México, 1989; Shapland, Joanna; Willmore, Jon y Duff, Peter, *Victims in the Criminal Justice System*, Gower, Aldershot, 1985; Silva Sánchez, Jesús María, “¿Consideraciones victimológicas en la teoría del delito?. Introducción al debate sobre la victimología”, *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*. Libro homenaje al profesor Beristain, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, págs. 633 y ss.; id, “Innovaciones técnicas prácticas de la victimología en el Derecho Penal”, “La victimología en el Derecho extranjero”, “La victimología en Derecho español”, “La víctima en el futuro de la dogmática”, Beristain/de la Cuesta (dir.), *Victimología*, 1990, págs. 75 y ss., 105 y ss., 195 y ss., 229 y ss., Tamarit Sumalia, Josep, *La víctima en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1998; y, Wright, Martin, *Justice for Victims and offenders*, Open University Press, Philadelphia, 1991.

²² Artículo 108 Código Procesal Penal. Concepto. Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito.

En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:

- a) al cónyuge y a los hijos;
- b) a los ascendientes;
- c) al conviviente;
- d) a los hermanos, y
- e) al adoptado o adoptante.

Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.

de que, a falta del ofendido por delito²³, este será sustituido por un perjudicado por el ilícito²⁴ de acuerdo a un orden de prelación que la propia ley establece. Así las cosas, en Chile el concepto de víctima por el delito se corresponde con el de ofendido por el delito (o sus sustitutos procesales a falta de aquel).

3. La ejecución penal

La función judicial no se agota en juzgar, es decir, en resolver el asunto sometido a su conocimiento, sino que comprende también la de ejecutar lo juzgado (art. 76 CPE). Esta facultad de ejecución constituye simultáneamente un deber impuesto a los propios Magistrados y Jueces, quienes podrán exigir a los demás poderes públicos su colaboración²⁵.

La garantía constitucional de la tutela judicial efectiva consiste en el derecho a obtener la efectiva tutela de los Juzgados y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, que en nuestro país se encontraría comprendida en la institución de debido proceso²⁶ (art. 19 N°3 CPE). En otras palabras, el objetivo perseguido por esta garantía es que el juicio cumpla el fin para el que fue previsto, es decir que sea eficaz. Pues, esta garantía presenta dos dimensiones, a saber: una negativa y otra positiva. La dimensión negativa persigue la prohibición de la indefensión²⁷. La dimensión positiva pretende que el juicio

²³ El titular del bien jurídico cuya lesión o puesta en peligro constituye la esencia de la conducta penalmente ilícita.

²⁴ Es el titular de la esfera en que inciden directamente las consecuencias nocivas del hecho ilícito, el titular de intereses extrapenales patrimoniales y/o no patrimoniales.

²⁵ En este sentido, resulta destacable que el constituyente español haya reforzado este aspecto en el texto constitucional al señalar en su artículo 118: "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto".

²⁶ Para un análisis del principio del debido proceso consultar monográficamente, entre otros: Esparza Leibar, Iñaki, *El principio del proceso debido*, JM. Bosch, Barcelona, 1995, Vallespin Pérez, David, *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, y, Comolgio, Luigi Paolo, *Ética e técnica del "giusto proceso"*, Giappichelli, Torino, 2004. Para una visión nacional sobre el mismo ver los trabajos de: Bordalí Salamanca, Andrés, "El debido proceso civil", *La constitucionalización de Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, págs. 251 y ss.; y, Tavorali Oliveros, Raúl, "El proceso civil chileno. Una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la Jurisdicción, de cara a la reforma", *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, págs. 44 y ss.

²⁷ Para un estudio en profundidad sobre el concepto de indefensión confrontar por todos: Carocca Pérez, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 142 y ss.

sea eficaz²⁸. Así las cosas, una de las consecuencias lógicas de esta garantía constitucional en su vertiente positiva es precisamente asegurar la ejecución de las sentencias judiciales²⁹.

Con todo, la garantía judicial de la tutela efectiva exige, no sólo el cumplimiento de la sentencia, sino también la existencia de un control jurisdiccional sobre la fase de ejecución³⁰. En este sentido, MORENO CATENA³¹ define la ejecución penal como la actividad ordenada y fiscalizada por los propios órganos jurisdiccionales para lograr el cumplimiento de los títulos de ejecución³².

La sentencia firme penal constituye el título ejecutivo que da lugar al cumplimiento coactivo de lo resuelto. Pues contiene la declaración de voluntad irrevocable de un órgano jurisdiccional en aras a conseguir que una persona sea sometida a una pena. En todo caso, debe ser una sentencia firme condenatoria. En contraposición, la sentencia absolutoria, salvo la absolución por inimpugnabilidad y las resoluciones que decretan sobreseimiento definitivo del enjuiciamiento criminal, no dan lugar a actividades de ejecución en sentido estricto³³.

²⁸ Para un estudio más extenso confrontar con: Ramos Méndez, Francisco, *El sistema procesal español. Sexta lectura constitucional*, JM. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 68 y ss.

²⁹ La sentencia del Tribunal Constitucional español 92/1998 de 27 de abril señala que la ejecución de sentencias –configurada legalmente como realización de la resolución judicial en sus propios términos (art. 18 LOPJ)- no sólo forma parte integrante del derecho a la tutela efectiva que al artículo 24 de la Constitución reconoce, sino que es también un principio esencial de ordenamiento jurídico español, el cual implica, desde luego, el derecho a un adecuado cumplimiento de lo declarado en la sentencia. En términos similares se manifiesta la sentencia del Tribunal Constitucional 40/2000, de 14 de febrero.

³⁰ Ramos Méndez, Francisco, *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, op. cit., pág. 307.

³¹ Moreno Catena, Víctor (con Gimeno Sendra, Vicente y Cortés Domínguez, Valentín), *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1999, pág. 794.

³² Para Herce Quemada (Herce Quemada, Vicente (con Gómez Orbaneja, Emilio), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1987, pág. 312) la ejecución penal está constituida “por el conjunto de actos necesarios para la realización de la sanción contenida en una sentencia de condena”. Por otro lado, Hinojosa Segovia (Hinojosa Segovia, Rafael, (con Oliva Santos, Andrés de la; Aragonese Martínez, Sara; Muerza Esparza, Julio; y, Tomé García, José), *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, pág. 760, id, “Ejecución de la sentencia penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 16) señala que por ejecución penal debe entenderse “el conjunto de actos atribuidos a los órganos del Estado, facultados legalmente para ello, que tienden a dar cumplimiento, dentro de los límites establecidos por la ley y los reglamentos, a los pronunciamientos contenidos en el fallo o parte dispositiva de las resoluciones judiciales ejecutables recaídas en un proceso penal. Cuando se trate de la ejecución de penas privativas de libertad se deberá tener en cuenta que estas están orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados”.

³³ Moreno Catena (Moreno Catena, Víctor (con Gimeno Sendra, Vicente y Cortés Domínguez, Valentín), *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 799) señala que estas sentencias absolutorias y autos

En cuanto a la naturaleza jurídica de la ejecución penal, la doctrina ha planteado una discusión, respecto a las penas de prisión, cuyo cumplimiento se desarrolla en largos periodos de tiempo exige unos establecimientos especiales y plantea unas necesidades concretas respecto al personal encargado de preservar su funcionamiento y su seguridad³⁴. Estas funciones han sido atribuidas a un sector específico de la Administración Pública, Gendarmería de Chile. Atendiendo a todas estas consideraciones, es posible distinguir tres posiciones sobre la naturaleza jurídica de la ejecución penal, a saber: Jurisdiccional, administrativa y mixta³⁵.

Para nosotros, siguiendo a NAVARRO VILLANUEVA³⁶ el problema de la naturaleza jurídica de la ejecución de las penas privativas de libertad debe ser analizado realizando una distinción previa entre ejecución del título y ejecución de la pena³⁷. En primer lugar, la ejecución del título tiene pleno carácter procesal y jurisdiccional y está integrada por diversas actuaciones dirigidas a promover la ejecución material de la pena, la suspensión o la modificación del título ejecutivo y la extinción de la propia ejecución. En segundo lugar, la ejecución de la pena tiene una naturaleza predominantemente administrativa, aunque sometida a control jurisdiccional y cuyo objetivo viene constituido por el cumplimiento de la pena en sentido estricto.

Sin embargo, cabe matizar que en el plano de los principios la ejecución penal tiene naturaleza jurisdiccional. Esta afirmación es inferida del artículo 76 de la Constitución Política del Estado. En virtud de este artículo, la Constitución opta

de sobreseimiento, no dan lugar a actividades de ejecución propiamente dichas, produciendo únicamente el efecto de levantar y dejar sin vigencia las medidas cautelares personales y reales adoptadas durante todo el procedimiento penal, volviendo las cosas a su ser y estado anterior a la apertura del mismo (salvo que se trate de cosas que no sean de libre comercio), sin perjuicio de la posible responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia.

³⁴ Gómez Colomer, Juan Luis (con Montero Aroca, Juan; Montón Redondo, Alberto; y, Barona Vilar, Silvia), Derecho Jurisdiccional. Proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 409 y 410.

³⁵ Sobre este tema confrontar extensamente por todos: González Cano, María Isabel, La ejecución de la pena privativa de libertad, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 71 y ss.; Navarro Villanueva, Carmen, La ejecución de la pena privativa de libertad: suspensión y modificación del título ejecutivo, tesis doctoral (inédita), Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1999, págs. 71 y ss.; y, Peiteado Mariscal, Pilar, La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad, Edersa, Madrid, 2000, págs. 51 y ss.

³⁶ Navarro Villanueva, Carmen, La ejecución de la pena privativa de libertad: suspensión y modificación del título ejecutivo, op. cit., págs. 110 y ss.

³⁷ Esta distinción es compatible con la realizada por Gómez Orbaneja (Gómez Orbaneja, Emilio, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vol. I, Bosch, Barcelona, 1947, pág. 57) al distinguir entre ejecución de la sentencia penal y ejecución de la pena o cumplimiento de la condena.

claramente por el modelo jurisdiccional³⁸, al atribuir la ejecución de resoluciones judiciales a los Tribunales de Justicia³⁹. Esta declaración debería traer un cambio en esta materia, tradicionalmente entregada a la Administración Penitenciaria⁴⁰.

La actividad procesal ejecutiva, tanto civil como penal, depende de un presupuesto de procesabilidad básico, la existencia de un título ejecutivo. Pero es precisamente en el proceso penal donde esta exigencia cobra un mayor rigor. Efectivamente, el enjuiciamiento punitivo busca esclarecer la responsabilidad penal de una persona por su participación en determinados hechos, que presuntamente revisten caracteres de delito y que deberán ser probados durante el juicio oral. Una vez los hechos han quedado suficientemente acreditados, es decir, tanto el hecho punible como la participación de determinada persona en los mismos, se dictará la sentencia donde la pena quedará fijada. La propia naturaleza de las penas a aplicar por la sentencia (incluida la privación del derecho a la libertad personal) dota claramente al título ejecutivo de una extraordinaria importancia para ejecución penal^{41 42}.

³⁸ En Alemania, el sistema de ejecución penal se encuentra en manos del Ministerio Público. El § 451 Strafprozeßordnung dispone: “[Vollstreckungsbehörden] (1) Die Strafvollstreckung erfolgt durch die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde auf Grund einer von dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu erteilenden, mit der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehenen, beglaubigten Abschrift der Urteilsformel. (2) Den Amtsanwälten steht die Strafvollstreckung nur insoweit zu, als die Landesjustizverwaltung sie ihnen übertragen hat. (3) Die Staatsanwaltschaft, die Vollstreckungsbehörde ist, nimmt auch gegenüber der Strafvollstreckungskammer bei einem anderen Landgericht die staatsanwaltschaftlichen Aufgaben wahr. Sie kann ihre Aufgaben der für dieses Gericht zuständigen Staatsanwaltschaft übertragen, wenn dies im Interesse des Verurteilten geboten erscheint und die Staatsanwaltschaft am Ort der Strafvollstreckungskammer zustimmt”.

En general, sobre la ejecución penal en Alemania consultar los manuales de: Peters, Karl, *Strafprozeß* (4º ed.), CF. Müller, Heidelberg, 1985, págs. 693 y ss.; y, Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, CH. Beck, München, 1997, págs. 470 y ss. Sobre la *Strafvollzugsgesetz* (Ley de ejecución penal) consultar, entre otros: Calliess, Rolf-Peter y Müller-Dietz, Heinz, *Strafvollzugsgesetz* (7º ed.), CH. Beck, München, 1998; Kaiser, Günther; Kerner, Hans-Jürgen; y, Schöch, Heinz, *Strafvollzug: Ein Studienbuch* (4º ed.), CF. Müller, Heidelberg, 1992; y, Walter, Michael, *Strafvollzug* (2º ed.), Boorber, Stuttgart, 1999.

³⁹ En el mismo sentido: Solé Riera, Jaume, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, JM. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 195.

⁴⁰ Efectivamente, lo anterior llevó en España a la creación del Juez de Vigilancia Penitenciaria responde a la voluntad de operar una progresiva judicialización de la ejecución penal (Navarro Villanueva, Carmen, *La ejecución de la pena privativa de libertad: suspensión y modificación del título ejecutivo*, op. cit., pág. 126).

⁴¹ NAVARRO VILLANUEVA, CARMEN, *La ejecución de la pena privativa de libertad: suspensión y modificación del título ejecutivo*, op. cit., pág. 11.

⁴² Con todo, desde la perspectiva de la víctima, no debe olvidarse que la ejecución penal debe satisfacer el doble objeto del proceso punitivo. Así las cosas, la fase de ejecución del proceso penal

4. La institución de la sustitución y de la remisión definitiva de la pena en Derecho español

La pena es la consecuencia jurídica más antigua del delito y más importante tanto cuantitativa como cualitativamente, aún en nuestros días⁴³. Hasta tal punto esto es cierto que el enjuiciamiento criminal ha sido estructurado, desde antaño, como medio para la aplicación de las mismas. Con todo, no se debe olvidar la existencia de corrientes de pensamiento críticas frente a la hegemonía de la pena como reacción única o principal frente al ilícito dentro de la dogmática penal. En este sentido han actuado, entre otras, las corrientes abolicionistas⁴⁴.

Como alternativa a la pena de privación de libertad se recoge en el derecho español la posibilidad de sustituir la pena impuesta por otra distinta que se

debe perseguir, por una parte, el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad y, por la otra, reparar las consecuencias económicas perjudiciales el delito. En ambas tareas, desde una perspectiva político-criminal, está comprometido en su satisfacción un interés público (Gimeno Sendra, Vicente (con Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín), *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 35.; Hellmann, Uwe, *Strafprozeßrecht*, Springer, Berlin, 1998, pág. 4; y, Solé Riera, Jaume, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 202).

Por otra parte, la preocupación de hacer efectiva la responsabilidad civil ex delicto ha llevado a la Fiscalía General del Estado español a dictar la Instrucción 1/1992, de 15 de enero, sobre "Tramitación de las piezas de responsabilidad civil" en la que se señala: "La protección de la víctima del delito no se agota con la sanción penal al delincuente, sino que debe lograr su satisfacción reparándose todos los efectos del delito. El ejercicio de la acción civil conjuntamente con la penal, salvo excepciones, debe tener en el proceso penal eficacia suficiente para no convertirse en un nuevo alarde burocrático carente de sentido. Por eso es necesario llamar ahora la atención de los fiscales sobre la necesidad de iniciar y sustanciar, desde el momento procesal oportuno, según el tipo de proceso de que se trate, las llamadas piezas de responsabilidad civil y de adoptar, con carácter urgente, las medidas cautelares de protección económico-social de la víctima. (...) Es la única forma de que se de debido cumplimiento al Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución española y a que se de un paso más en nuestro país en la protección a la víctima del delito".

⁴³ La teoría de la pena normalmente distingue entre fundamentos y fines, y legitimación de la pena. Sobre este punto consultar ampliamente en: Pérez Manzano, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en el fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986, págs. 215 y ss.

⁴⁴ Entre las más recientes propuestas cabe destacar la del profesor Lüderssen (Lüderssen, Klaus, *Abschaffen des Strafsens?*, op. cit., págs. 259 y ss.) quien ha desarrollado un complejo sistema para la abolición del Derecho Penal. La primera línea argumentativa va dirigida contra la institución de la pena privativa de libertad, si bien, finalmente, pretende la total sustitución la institución de la pena estatal por un conjunto de medidas civiles y administrativas. Para una visión crítica de las teorías abolicionistas consultar el trabajo del profesor Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, JM. Bosch, Barcelona, 1992, págs. 18 y ss.

ejecuta inmediatamente⁴⁵. La sustitución de la pena está prevista para la prisión y el arresto de fin de semana y se regula en los artículos 88 y ss. del Código Penal español. La sustitución puede producirse en la misma sentencia o posteriormente, en auto motivado, pero antes de iniciarse la ejecución de la pena inicialmente impuesta, lo que debe entenderse aplicable a todos los supuestos de sustitución de la pena de prisión, puesto que no existen razones para acordar la sustitución de arresto de fin de semana en un momento procesal diferente⁴⁶.

Por otra parte, el Código Penal español regula la llamada suspensión de la ejecución, una de las formas más antiguas para evitar el cumplimiento de las penas privativas de libertad de corta duración (inferior a dos años)⁴⁷. En el derecho comparado, hay dos sistemas, el de la "probation", propio del derecho anglosajón y el belga-francés o "sursis". El primer sistema somete al sujeto a observación y al cumplimiento de ciertas tareas. El segundo basta con el transcurso de un determinado plazo⁴⁸.

El sistema recogido por el Código Penal español es una mezcla de ambos. Consiste fundamentalmente en suspender la ejecución de la pena privativa de libertad durante un plazo de dos a cinco años. Pasado dicho plazo sin que el sujeto haya delinquido nuevamente y cumplidas las reglas de conducta fijadas por el juez o Tribunal, en el caso de pena de prisión, éste acordará la remisión de la pena y la cancelación de los antecedentes penales (arts. 80 a 87 CP). El Código Penal español fija un trámite de audiencia a las «partes» para dejar en suspenso el cumplimiento de las penas privativas de libertad (arts. 80.2, 81 y 87.1 CP)⁴⁹.

⁴⁵ Sobre el tema ver, entre otros: Molina Blásquez, María Concepción, *Aplicación de la pena*, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 72 y ss.; Serrano Pascual, Mariano, *Las formas sustitutivas de la prisión en Derecho Penal español*, Trivium, Madrid, 1999, págs. 368 y ss.; y, Gracia Martín, Luis y Alastuey Dobón, M. Carmen (con Boldova Pasamar, Miguel Ángel), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 318 y ss.

⁴⁶ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 586.

⁴⁷ El antecedente más inmediato de la suspensión de la condena ha sido la Ley de Condena Condicional, de 17 de marzo de 1908, derogada hoy por el Código Penal.

⁴⁸ Vid. González Zorrilla, Carlos, "Suspensión de la pena y «probation»", *Penas alternativas a la prisión* (coord. J. Cid./ E. Larrauri), Bosch, Barcelona, 1997, págs. 61 y ss. Para consultar las recientes modificaciones del sistema de la "probation" anglosajón consultar por todos: Ashworth, Andrew, *Sentencing and Criminal Justice* (3^o ed.), Butterworths, London, 2000, págs. 278 y ss.

⁴⁹ Gracia Martín, Luis y Alastuey Dobón, M. Carmen (con Boldova Pasamar, Miguel Ángel), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., pág. 348.

Por otro lado, en Derecho Penal de adolescente español de manera similar a lo que sucede en el proceso penal de adultos, el artículo 51 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores regula la posibilidad que se otorga al juez de acordar la finalización de la medida antes de que se haya cumplido en su totalidad o de sustituirla por otra por tiempo igual o inferior al que reste de cumplimiento de la medida. La sustitución de las medidas nunca podrá ser por tiempo mayor al que resta de cumplimiento, ni por medidas más graves que las inicialmente acordadas⁵⁰.

El juez podrá acordar la sustitución o finalización de oficio a petición del Ministerio Fiscal (Ministerio Público) o del letrado del menor. Sin embargo en el sistema procesal español se da posibilidad también a la "Administración competente" de solicitarlo. Por otra parte, la ley dispone que deban ser oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o de reforma de menores⁵¹.

De forma similar a lo que sucede en el proceso penal de adultos, el artículo 40 de las Ley de Responsabilidad Penal de Menores contempla la posible suspensión de la ejecución del fallo por un plazo máximo de dos años, tratándose de menores a los que se les haya impuesto una medida cuya duración no sea superior a dos años. Si durante el tiempo de suspensión no se cumplieran las condiciones previas dicho precepto, el juez alzaría la suspensión y procedería a ejecuta el fallo⁵².

5. Sustitución y la remisión de la condena en el Derecho penal de adolescentes chileno

En el Párrafo 3º del Título III de la Ley de responsabilidad penal adolescente, se contempla la figura del juez de control de la ejecución, quien deberá resolver los conflictos de derecho que se susciten durante la ejecución de alguna de las sanciones contempladas en la ley.

Será competente el juez de garantía del lugar en que la sanción deba cumplirse, el que deberá verificar la legalidad de la ejecución, tomando las medidas

⁵⁰ ORNOSA FERNÁNDEZ, MARÍA ROSARIO, *Derecho penal de menores*, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 406 y ss., y, VARGAS CABRERA, BARTOLOMÉ, *Ley de la responsabilidad penal de los menores (Dir. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro)*, Trivium, Madrid, 2001, págs. 445 y ss.

⁵¹ ORNOSA FERNÁNDEZ, MARÍA ROSARIO, *Derecho penal de menores*, op. cit., págs. 407 y 408.

⁵² TOMÉ GRACIA, JOSÉ ANTONIO, *El procedimiento penal del menor*, Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 193 y ss.

pertinentes en caso de alguna violación a las garantías y derechos establecidas a favor del adolescentes, comprendidas en el artículo 49 principalmente, y resolverá, en su caso, lo que corresponda en materia de quebrantamiento y solicitudes de revisión de las sanciones, ya sea de sustitución de la condena o de la remisión de la misma en su caso.

Dentro de los casos en que esto es posible, cabe distinguir dos supuestos: Las decisiones que implican la posibilidad de mejorar la situación de un adolescente que está cumpliendo una sanción; y las decisiones que implican la posibilidad de empeorar su situación.

En el ejercicio de la competencia de ejecución de sanciones, la decisión jurisdiccional que se pronuncie durante la ejecución para resolver un conflicto de derechos debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado⁵³. En este contexto, el artículo 50 establece que las decisiones del juez de garantía durante la ejecución han de ser precedidas por una audiencia.

Así las cosas, dentro de las decisiones que implican la posibilidad de mejorar la situación del adolescente que está cumpliendo una sanción se encuentran las instituciones de la sustitución y la remisión de la condena reguladas en los artículos 53 a 55 de la Ley de responsabilidad penal adolescente.

A través de la institución de la sustitución de la condena, el juez podrá sustituir las sanciones previstas por la ley, por una menos gravosa, de oficio, a petición del condenado, o su defensor, en cuanto ello parezca más favorable a la integración social del adolescente y se hubiere iniciado su cumplimiento.

Para ello, deberá citar a una audiencia, a la que deberá acudir el condenado, su abogado, el Ministerio Público y un representante de la institución encargada de la ejecución de la sanción, y una vez examinados los antecedentes, oír a los presentes y resolverá. A la audiencia podrán asistir los padres del adolescente o quienes lo tuvieren a su cargo antes de la privación de libertad, y la víctima o su representante. Finalmente, la resolución que se dicte sobre una solicitud de sustitución será apelable.

La sustitución condicional se encuentra regulada en el artículo 54 de la Ley de responsabilidad penal adolescente. La misma consiste en la facultad del tribunal de sustituir la condena en los casos de medidas privativas de libertad, puede ejercerse de manera condicional, dejando en suspenso la imposición

⁵³ Sobre la noción de debido proceso penal ver: Ferrua, Paolo, *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna, 2005, *passim*; y, Toro Justiniano, Constanza, *El debido proceso penal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009, *passim*.

efectiva del resto de la pena original (la pena sustituida) para el evento de que se incumpla la sanción sustitutiva.

Finalmente, la remisión se regula en el artículo 55 de la Ley de responsabilidad penal adolescente. Así las cosas, la remisión consiste en la facultad que permite al tribunal dar por terminada, anticipadamente, la ejecución de la sanción por haberse logrado los objetivos pretendidos con su imposición. En efecto, el tribunal de control de la ejecución tiene también la facultad de remitir el cumplimiento del saldo de condena cuando, en base a antecedentes calificados, considere que se ha dado cumplimiento a los objetivos pretendidos con su imposición.

6. Posición de la ofendido (víctima) en el proceso penal de adultos y adolescentes

La evolución desde la compensación hasta la pena pública generó la necesidad de elaborar un proceso penal ajustado a esta nueva concepción del enjuiciamiento punitivo. En otras palabras, si la transgresión jurídica de tipo criminal conlleva una reacción estatal, entonces los procedimientos de persecución y decisión deben proveerse de instrumentos efectivos de indagación y medidas coercitivas, distintas de aquéllas adecuadas simplemente para la pura resolución del litigio entre dos ciudadanos o la mera compensación del daño⁵⁴. El resultado de esta evolución significó un sacrificio del ofendido por el delito, quien fue alejado del proceso penal⁵⁵.

Por otra parte, la institución del querellante particular encuentra su fundamento, desde una óptica estrictamente procesal, en la necesidad de controlar el cumplimiento del principio de legalidad por parte del Ministerio Público⁵⁶. Además este sistema presenta una ventaja por sobre la acusación popular: como señala

⁵⁴ Eser, Albin, "Una justicia penal «a la medida del ser humano». Visión de un sistema penal y procesal penal orientado al ser humano como individuo y ser social", trad. JM. Landa, RDPC, núm. 1, 1998, pág. 141.

⁵⁵ Para un estudio sobre la evolución en la dogmática del concepto de bien jurídico ver: Hassemmer, Winfried, *Theorie und Sociologie des Verbrechenens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre*, Europäischen, Frankfurt, 1980, págs. 25 y ss.

⁵⁶ En países como Estados Unidos de América donde el Ministerio Público tiene pleno dominio sobre el ejercicio de la acusación existe una tendencia a reconocer a las víctimas de los delitos la facultad de controlar la discrecionalidad con que se mueve el Fiscal. Sobre este aspecto confrontar, entre otros los trabajos del profesor: Beloof, Douglas E., "The Third model of Criminal Process: The Victim Participation Model", *UTAH Law Review*, 1999, págs. 289 y ss.; y, id, *Victims in Criminal Procedure*, Carolina Academic Press, Durham, 1999, págs. 250 y ss.

NEUMANN⁵⁷, el reconocimiento de legitimación a los ofendidos por el hecho punible para actuar el proceso penal evitaría la aparición de “acusaciones populares de pleitistas”.

Finalmente, si se quiere buscar el fundamento último de los derechos procesales “fuertes” del ofendido por el delito y de la figura del querellante particular, debemos necesariamente realizar un análisis de esta figura desde el prisma de la teoría de los fines de las penas.

Así las cosas, y tomando en consideración que el estudio de dichas teorías supera los márgenes de este trabajo, sólo nos limitaremos a exponer una de las teorías que explica el sentido y límite de la pena estatal⁵⁸: la teoría de la *preven-*

En Alemania, una parte de la dogmática procesal penal del siglo XIX mantuvo posiciones proclives a que el ofendido por el hecho punible realizara una labor de fiscalización de la actividad del Ministerio Público, ya sea bajo la forma de acusación popular o como acusación adhesiva. Para un ejemplo de estas posiciones, consultar entre otros los trabajos de: Oppenheim, L., Die Nebenklage des Deutschen Strafprozesses. Eine Studie, op. cit., pág. 87; y, Sundelin, Paul, Die Staatssanwaltschaft in Deutschland, Anclam, 1860, pág. 44. Si bien la Strafprozeßordnung alemana reconoce el monopolio acusatorio al Ministerio Público, la mayor parte de la doctrina germana considera que el Klageerzwingungsverfahrens contribuye al aseguramiento y aplicación del principio de legalidad por parte del Fiscal; confrontar por todos: Jans, Sigrid, Die Aushöhlung des Klageerzwingungsverfahrens, Peter Lang, Frankfurt, 1990, págs. 11 y 49.

⁵⁷ Neumann, Ulfrid, “Die Stellung des Opfers im Strafrecht”, Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform (Hrsg. W. Hassemer), Peter Lang, Frankfurt, 1987, pág. 245.

⁵⁸ Para una exposición de las diversas teorías de la pena ver ampliamente en la dogmática española: Bacigalupo, Enrique, Principios de Derecho Penal. Parte general (4º ed.), Akal, Madrid, 1997, págs. 7 y ss.; Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, Manual de Derecho Penal. Parte general (4º ed.), PPU, Barcelona, 1994, págs. 71 y ss.; id, Lecciones de Derecho Penal, vol. I, Trotta, Madrid, 1997, págs. 44 y ss.; Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal español, op. cit., págs. 20 y ss.; Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás, Derecho Penal. Parte general (4º ed.), Titant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 30 y ss; Garcia-Pablos, Antonio, Derecho Penal. Introducción (2º ed.), Servicio de publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, págs. 118 y ss.; Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general (5º ed.), PPU, Barcelona, 1998, págs. 45 y ss.; Muñoz Conde, Francisco (con García Arán, Mercedes), Derecho Penal. Parte general (2º ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 47 y ss.; Silva Sánchez, Jesús María, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, JM. Bosch, Barcelona, 1992, págs. 179 y ss.; y, Zugaldía Espinar, José Miguel, Fundamentos de Derecho Penal (3º ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 59 y ss. Para la dogmática alemana una clasificación y exposición de las mismas se puede encontrar en los recientes manuales de Derecho Penal, ver especialmente: Albrecht, Peter-Alexis, Kriminologie, CH. Beck, München, 1999, págs. 48 y ss.; Gropp, Walter, Strafrecht. Allgemeiner Teil (2º ed.), Springer, Berlin, 2001, págs. 31 y ss.; Hassemer, Winfried, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, op. cit., págs. 281 y ss; Jakobs, Günther, Derecho Penal. Parte general, trad. J. Cuello y J.L. Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 8 y ss.; Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrecht (5º ed.), Duncker & Humblot, Berlin, 1996, págs. 63 y ss.; Köhler, Michael, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Springer, Berlin, 1997, págs. 37 y ss.; Naucke,

ción general positiva. Esta elección se funda en dos razones: la primera, en el hecho de ser una de las teorías que goza de un importante número de adeptos en la dogmática penal contemporánea⁵⁹; y la segunda, en que, entendemos, es la más idónea para explicar la función que cumple el ofendido por el delito y el acusador particular dentro del sistema de la justicia criminal⁶⁰.

Tomando como punto de partida la antigua sentencia de SÉNECA "*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*"⁶¹ que nos recuerda una idea central en esta materia, y por lo mismo de plena actualidad: sumar un mal a otro no es compatible con el concepto de Estado social y democrático de Derecho. En consecuencia, los Estados contemporáneos deben ajustar su actuación a criterios empíricos basados en los éxitos y los fracasos de sus políticas criminales, y esto los hace responsables tanto ante la víctima como ante el ciudadano⁶².

La teoría de la *prevención general positiva* responde a este orden lógico, como explicación del sentido y límites de la pena estatal⁶³. Con todo, se nos plantea un problema: no es posible hablar de una teoría unitaria de la prevención general

Wolfgang, *Strafrecht. Eine Einführung* (9^o ed.), Luchterhand, Neuwied, 2000, págs. 29 y ss.; y, Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (3^o ed.), vol. I, CH. Beck, München, 1997, págs. 41 y ss.

⁵⁹ Así lo pone de manifiesto, entre otros: Hassemer, Winfried, "Perspectivas del Derecho Penal futuro", trad. E. Anarte, RP, 1998, pág. 38; Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrecht*, op. cit., pág. 64; y, Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., pág. 49.

⁶⁰ Con todo, para un sector minoritario de la doctrina penal alemana (Albrecht, Peter-Alexis, *Kriminologie*, CH. Beck, München, 1999, pág. 391; y, Schünemann, Bernd, "Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege: Ein Drei-Säulen-Modell", *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem* [Hrsg. Schünemann/Dubber], Carl Heymanns, Köln, 2000, págs. 1 y ss.), las únicas teorías sobre la pena que reconocen alguna función a la víctima son las teorías absolutas.

En las teorías absolutas de la pena, el sentido de la misma radica en la retribución, en la imposición de un mal por un mal cometido. En otras palabras, la pena es la consecuencia justa y necesaria del delito cometido. En este esquema el interés de la víctima y el interés del Estado coinciden, pero sólo porque la segunda coincide con la sed de venganza del primero (Estado).

⁶¹ "Ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque". De acuerdo a Grotius esta frase fue tomada por Séneca de la obra *Protágoras* de Platón (Hassemer, Winfried, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, op. cit., pág. 282).

⁶² Hassemer, Winfried, "¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)", trad. M. Díaz Pita, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 191.

⁶³ Para Herzog (Herzog, Felix, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, Peter Lang, Frankfurt, 1987, págs. 50 y ss.) la doctrina de la prevención general positiva se aproxima a las teorías absolutas de la pena, dada su crítica a las nociones de intimidación y terapia; sin embargo, no parece que deje de ser una teoría moderna, ya que se orienta a los output, esto es a las consecuencias externas.

positiva, sino de una variedad de ellas⁶⁴. De ahí la necesidad de circunscribir el discurso de esta investigación a una sola de dichas variantes, premisa básica adoptada con el objeto de explicar el fundamento de los intervinientes víctima y querellante particular⁶⁵.

Uno de los autores defensores de esta teoría de la pena es HASSEMER⁶⁶. Su concepción particular de la *prevención general positiva* parte de la crítica a la teoría de la pena "*tradicional*" y a la ciencia jurídico-penal, denunciando el aislamiento de la dogmática penal y, en especial, la excesiva abstracción del debate en torno a los fines de las penas y su falta de base empírica. Con el objeto de superar estos problemas, el autor postula la orientación del Derecho Penal y de la pena a sus consecuencias, y su puesta en relación con la sociedad en la que se aplica.

Para HASSEMER⁶⁷, tanto la prevención-intimidación como la coacción psicológica y la resocialización no constituyen fines empíricamente alcanzables por el sistema penal. Según este autor, la función de la pena ha de consistir en la

⁶⁴ Para un examen y crítica de ellas ver el trabajo de: Pérez Manzano, Mercedes, Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, págs. 17 y ss. Para un estudio de las repercusiones de las distintas teorías de la prevención general positiva en el proceso penal ver el trabajo de: Hauschild, Jörn, Die positive Generalprävention und das Strafverfahren, Peter Lang, Frankfurt, 2000.

⁶⁵ Otro defensor a ultranza de la prevención general positiva es Jakobs (Jakobs, Günther, Derecho Penal. Parte general, op. cit., págs. 8 y ss.). Para este autor la tarea del Derecho Penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador del contrato social. El contenido de la pena, por tanto, es el rechazo a la desautorización de la norma llevado a costa del que la ha quebrantado. La pena tiene, en este sentido, la función de ratificar las normas que han sido violadas y, de esta manera, reforzar la confianza general en las mismas. Esta confianza, sin embargo, no consiste en la creencia de que nunca más se cometerán hechos semejantes, ya que los destinatarios de la pena, en primera línea no son algunas personas consideradas como autores potenciales, sino que todas las personas tiene que saber lo que deben esperar en tales situaciones.

⁶⁶ Hassemer, Winfried, "Generalprävention und Strafzumessung", Hauptprobleme der Generalprävention (Hrsg. W. Hassemer, K. Lüderssen y W. Naucke), Alfred Metzner, Frankfurt, 1977, págs. 29 y ss.; id., "Prevención en el Derecho Penal", trad. J. Bustos, Poder y Control, núm. 0, págs. 93 y ss.; id., "Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico social", trad. T. Castiñeira, Derecho Penal y Ciencias Sociales, Servicio de Publicaciones Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982, págs. 132 y ss.; id., Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, op. cit., págs. 281; y, Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 161 y ss.

⁶⁷ Hassemer, Winfried, "Generalprävention und Strafzumessung", Hauptprobleme der Generalprävention, op. cit., págs. 29 y ss.; id., "Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico social", op. cit., págs. 132 y ss.; id., Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, op. cit., págs. 281

reacción estatal a hechos punibles. Al mismo tiempo, la pena importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social, esto es, la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales. Pero un sistema penal orientado hacia las consecuencias debe necesariamente dirigir su mirada hacia la protección de la víctima. Esto supone incorporar un nuevo elemento normativo al concepto de pena: la rehabilitación de la persona lesionada; la reconstrucción de su dignidad personal; el trazado inequívoco de la línea entre un comportamiento justo e injusto y la constatación ulterior para la víctima de que, efectivamente, ha sido víctima (y por tanto no es delincuente ni tampoco protagonista de un simple accidente)⁶⁸.

En definitiva, esta concepción parece coincidir con la posición de PRITTWITZ⁶⁹. Para este autor, entender que el sistema de justicia criminal victimiza nuevamente a quien ha sufrido el delito, junto a la constatación que el daño sufrido por la misma no finaliza cuando el sistema de justicia criminal pone fin al conflicto, justifica el interés legítimo de la víctima en la existencia de una reacción pública frente al delito⁷⁰. El elemento decisivo de esta reacción, sin embargo, no es el castigo, sino la declaración y determinación judicial sobre quien tiene la razón y quien está equivocado, y sobre quien es culpable y quien no debe sentirse culpable⁷¹.

Con todo, no se puede llegar al extremo contrario de, bajo la consigna de mejorar la posición del ofendido en el enjuiciamiento criminal, hacer “*tabula rasa*” con todas las garantías constitucionales que rodean al inculpado, alegando

⁶⁸ Hassemer, Winfried, “¿Por qué y con que fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)”, op. cit., pág. 198.

⁶⁹ Ver ampliamente: Prittwitz, Cornelius, “Opferlose Straftheorien?”, Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem (Hrsg. Shünemann/Dubber), Carl Heymanns, Köln, 2000 págs. 51 y ss.; y, id, “Positive Generalprävention und «Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters?»”, KritV Sonderheft Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag, Nomos, Baden-Baden, 2000, págs. 162 y ss.

⁷⁰ Prittwitz, Cornelius, “Opferlose Straftheorien?”, op. cit., págs. 72 y 73.

⁷¹ Incluso existen autores que llegan más lejos. Este es el caso de Reemtsma (Reemtsma, Jan Philipp, Das Rechts der Opfer auf Bestrafung des Täters als Problem, 1998, citado por: Prittwitz, Cornelius, “Opferlose Straftheorien?”, op. cit., págs. 64 y ss.) la propia institución de la pena es un mecanismo de ayuda a la víctima del trauma generado por el delito. Efectivamente, si la sociedad no ha sido capaz de evitar a la víctima el trauma ocasionado por el hecho punible, a lo menos tendría una deuda con la víctima, que consistiría en el castigo del culpable. En cumplimiento de esta deuda, por lo demás, sólo la pena de prisión y la multa cumple la deseada función simbólica. Para este autor, la pena manifiesta la solidaridad del grupo social con la víctima. Para comentario crítico de esta posición consultar: Lüderssen, Klaus, “Opfer im Zwielicht”, Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999 (Hrsg. T. Weigend y G. Küpper), Walter de Gruyter, Berlin, 1999, págs. 879 y ss.

que impiden la completa satisfacción de los intereses penales y extrapenales del ofendido por el hecho punible⁷².

El objetivo último es obtener una participación más activa del ofendido por el delito en el proceso penal, pero no en detrimento del sistema de garantías constitucionales, durante tanto tiempo gestado en favor del inculcado por el hecho punible⁷³.

Finalmente, para el profesor KLAUS GÜNTHER⁷⁴ las víctimas tienen una razón legítima y racional para perseguir el castigo del culpable. En efecto, esta se encontraría en la necesidad de satisfacción o compensación por la humillación sufrida y por la violación de su integridad.

Para GÜNTHER⁷⁵, la idea de satisfacción individual es incompatible con la de castigo público. Con todo, existe una categoría de delitos en los cuales los intereses de las víctimas y del Estado confluyen. Nos referimos a los llamados “delitos nucleares” (es decir que forma parte del “núcleo duro del Derecho Penal”). En efecto, en los delitos nucleares afectan a la víctima en su potencial para comunicarse con los demás y a la comunidad porque ésta es dependiente de la competencia comunicativa de sus miembros.

GÜNTHER⁷⁶ señala que todo delito que afecta a la integridad de las víctimas incluye siempre un acto simbólico-expresivo de humillación. La reacción pública

⁷² En palabras de Hassemer (Hassemer, Winfried, “Derecho Penal y Filosofía de Derecho”, trad. F. Muñoz Conde, Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 31): “Las reformas que favorecen los intereses de las víctimas se hacen a costa del imputado y del Estado como detentador del monopolio del ius puniendi”. También se puede ver esta misma idea en: Fletcher, George P., Conceptos básicos de Derecho Penal, trad. F. Muñoz Cónde, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 76; Hassemer, Winfried, “Consideraciones sobre la víctima del delito”, ADPCP, 1990, págs. 256 y ss.; y, Herzog, Felix, “Die Krise der geistigen und sozialen Grundlagen des reformierten Strafprozesses”, Quo vadis, Strafprozeß? (Hrsg. F. Herzog), Nomos, Baden-Baden, 1998, pág. 21.

⁷³ Para algunos autores latinoamericanos, se ha podido comprobar que la institución del querellante particular, por regla general, ha resultado muy útil dentro del enjuiciamiento punitivo, ya que mueve a la Justicia penal y le quita trabajo al Ministerio Fiscal que, normalmente, se encuentra saturado (Binder, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 307).

⁷⁴ Günther, Klaus, “Die symbolisch-expressive Bedeutung des Strafe – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?”, Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70 Geb. (Hrsg. Prittwitz), Nomos, Baden-Baden, 2001, págs. 205 y ss.

⁷⁵ Günther, Klaus, “Die symbolisch-expressive Bedeutung des Strafe – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?”, op. cit. págs. 211 y ss.

⁷⁶ Günther, Klaus, “Die symbolisch-expressive Bedeutung des Strafe – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?”, op. cit., págs. 215 y ss.

contra el ofensor es la respuesta simbólico-expresiva a que tiene derecho la víctima. Con todo, la teoría del autor no justifica un tratamiento más duro del culpable, ya que la víctima lo que busca es una declaración pública en el sentido que: el agresor individual actuó ilegítimamente y es culpable. Además el proceso penal sería un foro donde contar su historia.

Así las cosas, para GÜNTHER⁷⁷ la víctima en los delitos nucleares tendría derecho al juicio oral⁷⁸, pero niega que tenga derecho al castigo del culpable. En efecto, la aplicación de la pena es un tema que le corresponde de manera exclusiva y excluyente al Estado.

7. El problema de la falta de notificación de la víctima en la audiencia en que se pretende discutir la sustitución y la remisión de la condena en Derecho penal de adolescente

El artículo 53 de la ley de responsabilidad penal del adolescente establece la facultad del juez de ejecución de sustituir la condena (pena) impuesta a un adolescente por una menos gravosa si ello es más favorable para su integración social. Por otra parte, el inciso segundo señala que la decisión se realizará en audiencia, existiendo participantes obligatorios y otros facultativos (su inasistencia no impide la audiencia). Entre éstos últimos se encuentra “la víctima o su representante”.

Así las cosas, cabe preguntarse: ¿qué función cumple o debe cumplir la víctima o su representante en la audiencia de sustitución de condena?, ¿qué consecuencia debe acarrear la falta de notificación a la víctima o su representante?, y, finalmente, ¿puede imponerse por los tribunales de ejecución al imputado o a su representante la obligación de proporcionar datos sobre la víctima?

⁷⁷ Günther, Klaus, “Die symbolisch-expressive Bedeutung des Strafe – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?”, op. cit., págs. 215 y ss.

⁷⁸ La posición en comento se puede conectar con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En relación a las facultades de las víctimas y familiares de éstas, la Corte ha desarrollado también, lo que considera como un verdadero “derecho a la verdad”. Ello a partir de la conexión que hace de los artículos 8 y 25 con el artículo 1.1 de la CADH; “del artículo 1.1, se desprende claramente la obligación estatal de investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención como medio para garantizar tales derechos, obligación que, en las circunstancias del presente caso, se encuentra relacionada con los derechos a ser oído por los tribunales y a un recurso rápido y efectivo, que consagran los artículos 8 y 25 de la Convención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales, Párr. 225, 19 de Noviembre de 1999)

Respecto de la primera pregunta, a saber: ¿qué función cumple o debe cumplir la víctima o su representante en la audiencia de sustitución de condena? La respuesta es negativa. Es decir, no cumple ni debe cumplir ningún papel relevante en la audiencia de sustitución de pena en el Derecho Penal de adolescente.

En efecto, como se señaló en el apartado anterior, la víctima tiene derecho al juicio oral (por los efectos comunicativos que este presenta dentro de los sistemas sociales) en los delitos que forman parte del núcleo duro del Derecho Penal. Pero, de ninguna manera tiene derecho al castigo del culpable con una determinada pena o sanción. La ejecución de las penas y las decisiones derivadas de esta actividad son competencia exclusiva y excluyente del Estado. En efecto, el Estado es el único titular del *ius puniendi* en las democracias constitucionales contemporáneas.

En el campo del Derecho Penal de adolescentes países como Alemania, que reconoce algún grado de participación al ofendido por el delito en el enjuiciamiento criminal de mayores, en su Ley de Tribunales de Menores (§ 80.1 y 3 JGG) excluye de forma expresa tanto la participación del *Privatkläger* por delitos privados como la del *Nebenkläger*⁷⁹. Con todo, permite la presencia del ofendido por el hecho punible en el juicio oral, pero sin atribuirle ninguna facultad procesal y siempre con fines “educativos” para el menor (§ 48.2 JGG)⁸⁰.

Así las cosas, la decisión del Legislador de dar la posibilidad a la víctima o su representante de asistir a la audiencia deben ser entendidos, no solamente como facultativa, sino como completamente accidental. Basta con recordar

⁷⁹ Albrecht (Albrecht, Peter-Alexis, *Jugendstrafrecht* (3º ed.), CH. Beck, München, 2000, pág. 373) reconoce que “en el procedimiento penal contra los menores los derechos de las víctimas están ampliamente restringidos”. En el mismo sentido Böhm, Alexander, *Einführung in das Jugendstrafrecht* (2º ed.), CH. Beck, München, 1985, pág. 84. Acerca de la posibilidad de la participación de un acusador adhesivo en un proceso penal contra un menor y un adolescente ver el trabajo de: Mitsch, Wolfgang, “Nebenklage im Strafverfahren gegen Jugendliche und Heranwachsende”, GA, 1998, págs. 159 y ss.

Una situación similar ocurre en el sistema procesal penal de Austria donde también se prohíbe la participación del *Privatankläger* y del *Subsidiarankläger* en el proceso penal de menores (§ 44.2 ÖJGG).

⁸⁰ Para un análisis más profundo del Derecho Penal y Procesal Penal del menores alemán ver: Albrecht, Peter-Alexis, *Jugendstrafrecht*, op. cit.; Böhm, Alexander, *Einführung in das Jugendstrafrecht*, op. cit.; y, Schaffstein, Friedrich y Beulke, Werner, *Jugendstrafrecht: eine systematische Darstellung* (13º ed.), W. Kohlhammer, Stuttgart, 1998. Para una visión panorámica sobre posición del ofendido por el hecho punible en la justicia penal de menores alemana consultar el reciente artículo de: Rössner, Dieter, “Das Jugendkriminalrecht und das Opfer der Straftat”, *Das Jugendstrafrecht an der Wende zum 21. Jahrhundert* (Hrsg. D. Dölling), Walter de Gruyter, Berlin, 2001, págs. 165 y ss.

que la víctima no es considerada como interviniente en la fase de ejecución de la condena como lo demuestra la sola lectura del artículo 466 del Código Procesal Penal⁸¹.

Finalmente, también vale la pena tener presente que el estatuto de la víctima del delito se agota en la fase declarativa del proceso penal (art. 109 CPP)⁸². En efecto, el estatuto de las víctimas no se ve modificado por lo dispuesto en el artículo 53 inciso 2, de la Ley de responsabilidad penal adolescente, toda vez que no representa un derecho para la misma. En realidad, es una facultad discrecional del órgano de adjudicación, quien al citar a la audiencia en que se discutirá sobre la sustitución de la condena, podrá incluir entre los destinatarios de la citación a la víctima o sus representantes.

En cuanto a la segunda interrogante, es decir, ¿qué consecuencia debe acarrear la falta de notificación a la víctima o su representante? La respuesta debe construirse sobre la base de precisar quién es el obligado a notificar a la víctima o su representante de la futura celebración de la audiencia de sustitución de condena.

Así, debemos concluir que el obligado en primer término a practicar la notificación es el propio Estado. En efecto, el Estado adjudicador (juez de ejecución) y el Estado persecutor (Ministerio Público) son los encargados de gestionar la notificación de la víctima o de su representante. Por tanto, al ser la víctima o su

⁸¹ Artículo 466. Intervinientes. Durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, sólo podrán intervenir ante el competente juez de garantía el ministerio público, el imputado y su defensor.

El condenado o el curador, en su caso, podrán ejercer durante la ejecución de la pena o medida de seguridad todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare

⁸² Artículo 109. Derechos de la víctima. La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

- a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;
- b) Presentar querrela;
- c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;
- d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviere la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;
- e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y
- f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

Los derechos precedentemente señalados no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondieren en esa calidad.

representante personas cuya concurrencia no constituye un requisito de validez de la audiencia, deberían ser citados a la misma por cualquier medio por el juez de ejecución. Normalmente, se debería efectuar la notificación a la víctima o su representante por carta certificada o por correo electrónico. Finalmente, el Ministerio Público es quien tiene la responsabilidad de gestionar la información a la víctima de acuerdo con lo señalado en el artículo 78 letra a) del Código Procesal Penal⁸³.

Respecto de la sanción por falta de notificación a la víctima o de su representante, no parece correcto que el juez de ejecución suspenda la audiencia de sustitución de pena. En efecto, como señalamos anteriormente, la falta de notificación de la víctima o de su representante tiene su origen en una actuación defectuosa del Estado representado por el órgano de adjudicación y del órgano persecutor. Así no parece de recibo que el condenado deba sufrir las consecuencias de la falta de diligencia del Estado adjudicado y del Estado persecutor.

En efecto, el condenado puede ver frustrada su posibilidad de mejorar su posición procesal por un error solo imputable al Estado. Es decir, el Estado adjudicador suspenderá la celebración de la audiencia en que discutiría la sustituir las sanciones previstas por la ley, por una menos gravosa, por una actuación defectuosa del mismo.

Además, no parece que la notificación a la víctima o a su representante sea una diligencia obligatoria. En efecto, parece ser una facultad que se entrega al juez de ejecución que mira al tipo de sanción sustitutiva que se pretende aplicar al

⁸³ Artículo 78. Información y protección a las víctimas. Será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir.

Los fiscales estarán obligados a realizar, entre otras, las siguientes actividades a favor de la víctima:

- a) Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos.
- b) Ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados.
- c) Informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles.
- d) Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa.

Si la víctima hubiere designado abogado, el ministerio público estará obligado a realizar también a su respecto las actividades señaladas en las letras a) y d) precedentes.

condenado⁸⁴. Así las cosas, la notificación no es necesaria en la mayor parte de los casos.

En lo relativo a la tercera pregunta, a saber: ¿puede imponerse por los tribunales de ejecución al imputado o a su representante la obligación de proporcionar datos sobre la víctima? También debe responderse de manera negativa esta pregunta.

Si bien es cierto que el Ministerio Público no es el abogado de la víctima, es precisamente el órgano persecutor quien tiene el deber de dar protección e información a las víctimas de los ilícitos. Así las cosas, el único obligado a brindar la información sobre la víctima y sus representantes al órgano adjudicador es precisamente el Ministerio Público.

Finalmente, es importante consignar que por expresa disposición del artículo 55 de la Ley de responsabilidad penal adolescente, que todo lo señalado respecto de la dinámica procesal de la sustitución de la condena es aplicable a la remisión de la misma.

8. Conclusiones

1. El art. 53 de la ley de responsabilidad penal del adolescente establece la facultad del juez de ejecución de sustituir la condena (pena) impuesta a un adolescente por una menos gravosa si ello es más favorable para su integración social.
2. El inciso segundo del artículo 53 LRPA señala que la decisión se realizará en audiencia, existiendo participantes obligatorios y otros facultativos (su inasistencia no impide la audiencia). Entre éstos últimos se encuentra “la víctima o su representante”.
3. La víctima tiene derecho al juicio oral (por los efectos comunicativos que este presenta dentro de los sistemas sociales) en los delitos que forman parte del núcleo duro del Derecho Penal. Pero, de ninguna manera tiene

⁸⁴ Las penas del sistema de responsabilidad penal de adolescentes pueden agruparse conforme a dos criterios. Atendiendo a la naturaleza de la sanción, la LRPA distingue entre penas privativas de libertad y penas no privativas de libertad. Se consideran penas privativas de libertad la internación en régimen cerrado y la internación en régimen semicerrado. El resto de las sanciones que prevé el sistema se consideran como penas no privativas de libertad.

La LRPA también distingue entre penas principales y accesorias. Son penas principales: la internación en régimen cerrado, la internación en régimen semicerrado, la libertad asistida especial, la libertad asistida, la prestación de servicios a la comunidad, la reparación del daño causado, la multa y la amonestación.

derecho al castigo del culpable con una determinada pena o sanción. La ejecución de las penas y las decisiones derivadas de esta actividad son competencia exclusiva y excluyente del Estado. En efecto, el Estado es el único titular del *ius puniendi* en las democracias constitucionales contemporáneas.

4. La decisión del Legislador de dar la posibilidad a la víctima o su representante de asistir a la audiencia deben ser entendidos, no solamente como facultativa, sino como completamente accidental. Basta con recordar que la víctima no es considerada como interviniente en la fase de ejecución de la condena como lo demuestra la sola lectura del artículo 466 del Código Procesal Penal.
5. El estatuto de las víctimas en el enjuiciamiento criminal (art. 109 CPP) no se ve modificado por lo dispuesto en el artículo 53 inciso 2, de la Ley de responsabilidad penal adolescente, toda vez que no representa un derecho para la misma. En realidad, es una facultad discrecional del órgano de adjudicación, quien al citar a la audiencia en que se discutirá sobre la sustitución de la condena, podrá incluir entre los destinatarios de la citación a la víctima o sus representantes
6. Debemos concluir que el obligado en primer término a practicar la notificación es el propio Estado. En efecto, el Estado adjudicador (juez de ejecución) y el Estado persecutor (Ministerio Público) son los encargados de gestionar la notificación de la víctima o de su representante. Por tanto, al ser la víctima o su representante personas cuya concurrencia no constituye un requisito de validez de la audiencia, deberían ser citados a la misma por cualquier medio por el juez de ejecución. Normalmente, se debería efectuar la notificación a la víctima o su representante por carta certificada o por correo electrónico. Finalmente, el Ministerio Público es quien tiene la responsabilidad de gestionar la información a la víctima de acuerdo con lo señalado en el artículo 78 letra a) del Código Procesal Penal.
7. Respecto de la sanción por falta de notificación a la víctima o de su representante, no parece correcto que el juez de ejecución suspenda la audiencia de sustitución de pena. En efecto, como señalamos anteriormente, la falta de notificación de la víctima o de su representante tiene su origen en una actuación defectuosa del Estado representado por el órgano de adjudicación y del órgano persecutor. Así no parece de recibo que el condenado deba sufrir las consecuencias de la falta de diligencia del Estado adjudicador y del Estado persecutor.

8. Para este informante, no parece que la notificación a la víctima o a su representante sea una diligencia obligatoria. En efecto, parece ser una facultad que se entrega al juez de ejecución que mira al tipo de sanción sustitutiva que se pretende aplicar al condenado. Así las cosas, la notificación no es necesaria en la mayor parte de los casos.
9. Finalmente, es importante consignar que por expresa disposición del artículo 55 de la Ley de responsabilidad penal adolescente, que todo lo señalado respecto de la dinámica procesal de la sustitución de la condena es aplicable a la remisión de la misma

III. Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencia con las de los adultos?*

Andrew Von Hirsch

Universidad de Cambridge

Resumen

Si bien se ha desarrollado una extensa bibliografía teórica sobre la proporcionalidad y el castigo merecido en referencia con las sentencias de delincuentes adultos, ha habido menos discusión sobre la teoría del castigo merecido en lo que concierne a las decisiones sobre delincuentes juveniles. El presente artículo trata sobre este último tema. Se sugiere que los castigos “merecidos” para menores deberían tener una escala bien por debajo de los aplicables a adultos, por tres tipos de razones: 1) menor culpabilidad de los menores, 2) mayor efecto de los castigos cuando se aplican a adolescentes y 3) un principio de mayor “tolerancia” en la aplicación de censura penal a menores. El artículo argumenta que estos tres tipos de razones no deben apoyarse sólo en reclamos factuales respecto del menor autodominio o la mayor sensibilidad al castigo de los menores, sino que deben depender de distintas expectativas normativas relacionadas con la edad para juzgar el comportamiento de los jóvenes. Se sugiere que el presente tema -sobre los criterios para el castigo proporcional de menores- debería ser tratado en forma analíticamente diferenciada de la cuestión sobre si se debería mantener o abolir un tribunal juvenil separado.

Palabras clave: Culpabilidad • castigo merecido • sentencias juveniles • proporcionalidad • castigo

Publicado en *Punishment & Society* Vol. 3(2): 221-236, año 2001. Traducción: Carmen Gloria Olivero. Revisión y edición: Gonzalo Berríos. Agradecemos al profesor Von Hirsch la autorización para traducir y publicar este artículo.

Introducción

En la actualidad, hay contrastes mucho más grandes entre los enfoques de los países europeos occidentales de la justicia juvenil que entre los de la justicia penal de adultos. Algunos países (más notablemente, Suecia) tiene un sistema de justicia con fuerte énfasis en la proporcionalidad de la sentencia. Los delincuentes juveniles son juzgados en los mismos tribunales que los delincuentes adultos, y la severidad de sus sentencias depende en una parte importante (al igual que para adultos, en Suecia) del grado de gravedad del delito del actor. La diferencia saliente en el tratamiento de los delincuentes juveniles radica en los niveles de penalidad: la onerosidad de la sentencia está sustancialmente reducida en escala (Jareborg, 1995). Otras jurisdicciones europeas adoptan un enfoque en agudo contraste: Escocia ha instituido un esquema de justicia juvenil orientado a la rehabilitación en el cual la gravedad del delito (al menos, en teoría) tiene escasa importancia, si acaso alguna (Norrie, 1997; Lockyer y Stone, 1998). Otros países, incluso Inglaterra y los Estados Unidos¹, tienen sistemas híbridos que emplean un conjunto de objetivos mixtos. La divergencia sugiere que podría justificarse la consideración ulterior de cuáles deberían ser los objetivos de la justicia juvenil. En conexión con tal reevaluación, una cuestión importante a resolver es la del papel de la proporcionalidad de la sentencia tal como se aplica a los jóvenes delincuentes.

En esta reconsideración, debe tenerse en cuenta la evolución de la teoría del dictado de sentencias. Ha habido considerables cambios en las concepciones generales de la sentencia merecida, tanto en países de habla inglesa como en países escandinavos (von Hirsch, 1993; Ashworth, 2000: cap. 3, 4, 9, 10; Jareborg, 1995; von Hirsch y Ashworth, 1998: cap. 4). El fundamento que avala la proporcionalidad de la sentencia ha variado, desde las nociones de “vengarse” del delincuente por su delito hasta las concepciones de censura penal (von Hirsch, 1993: cap. 2; Duff, 1996). Esta variación ha permitido el uso de concepciones menos taliónicas del merecimiento, y un mayor énfasis sobre las nociones de proporcionalidad, que permitirían el uso de sanciones moderadas (von Hirsch, 1993: cap. 2, 5, 10). Ha crecido el interés en desarrollar criterios más completos para decidir sobre la sentencia merecida -criterios relacionados con la gravedad del delito, la evaluación de la gravedad del castigo y el papel de los antecedentes penales (von Hirsch, 1993: cap. 4, 7; von Hirsch y Ashworth, 1998: cap. 4).

En la bibliografía angloamericana sobre la justicia juvenil (y en particular en los escritos de uno de los principales expertos sobre justicia juvenil, Barry Feld²)

han surgido sugerencias sobre la necesidad de que, en un sentido equitativo, debería ponerse mayor énfasis sobre el grado de gravedad de la conducta criminal de un delincuente juvenil, y menos sobre las predicciones de probabilidad de que retorne al delito y su supuesta receptividad a tratamiento. Gran parte de esta bibliografía propugna que las sentencias proporcionadas para menores deberían ser reducidas en escala notable respecto de las aplicables a los delincuentes adultos, como ya es el caso en Suecia.

Al considerar las sentencias proporcionadas para menores, a los fines del análisis deben separarse dos interrogantes. La primera se refiere a la naturaleza de tales sentencias. ¿Las sentencias proporcionadas para menores deberían ser diferentes de las adecuadas para adultos?, y en ese caso, ¿en qué respecto? En particular, ¿tales sentencias deberían incluir significativas reducciones de severidad, comparadas con sentencias proporcionadas por delitos similares impuestos a adultos?, y en ese caso, ¿por qué? El segundo interrogante se refiere a la conveniencia de tales sentencias. ¿Debería darse especial énfasis a la proporcionalidad de las sentencias en la determinación de las sanciones para menores?

El presente artículo se referirá sólo al primero de estos dos interrogantes: sobre la naturaleza de las sentencias proporcionadas para menores. La pregunta puede plantearse en la siguiente forma condicional: si se supusiera que los principios de castigo merecido deberían aplicarse a los jóvenes delincuentes, ¿cómo podrían diferir las sanciones que resultaran de las sentencias proporcionadas para adultos? Para responder este interrogante, el presente artículo analizará ciertas características salientes del crecimiento, y cómo estas características deberían influir sobre las opiniones referidas a las sanciones proporcionadas.

No se tratará aquí el segundo interrogante sobre la conveniencia. Una cuestión muy debatida es si el fundamento del castigo merecido es una buena idea en principio; incluso si los estándares de proporcionalidad basados sobre el castigo merecido deberían ser usados aún para adultos. Sobre este tema hay un extenso cuerpo de escritos disponible.³ Otro aspecto de esta cuestión merece ulterior atención, a saber, la conveniencia de aplicar los conceptos de sentencias proporcionadas a menores. Es concebible que se podría justificar una política de sentencias proporcionales, basadas en el castigo justo para adultos, pero no tanto a menores (ver Zedner, 1998). Esto podría deberse a una variedad de razones posibles: por ejemplo, las consideraciones orientadas al bienestar infantil podrían justificar un papel más importante en el manejo de adolescentes.

Sin embargo, debido a las limitaciones de espacio y tiempo, no analizaré esta importante cuestión aquí. No obstante, los dos temas de naturaleza y conveniencia están interrelacionados. Para decidir si es recomendable una política de sentencias proporcionadas para menores, una preocupación importante se refiere a qué tipo de sentencias serían. Por ejemplo, en ocasiones se objeta que las sentencias proporcionadas para menores requerirían respuestas demasiado severas, a saber en los mismos niveles que se aplicarían a adultos (ver Zedner, 1998: 171). Una respuesta a esta objeción sería que los niveles de severidad se pudieran reducir considerablemente en escala para menores.

Presunciones e interrogantes para este análisis

Para el presente argumento, podríamos comenzar con un esquema de dictado de sentencias hipotético para adultos, basado sobre el principio de sentencias merecidas proporcionadas. En dicho esquema, las penas serían graduadas según la gravedad de los delitos cometidos, con solo un modesto ajuste por condenas previas.⁴ El fundamento subyacente pondría el énfasis sobre la censura penal, en lugar de la “venganza” sobre el delincuente por su delito (ver von Hirsch, 1993: cap. 2), por lo que los niveles de privación aplicados sobre los delincuentes no necesitarían aproximarse al grado de sufrimiento experimentado por las víctimas. En consecuencia, el esquema podría emplear penas moderadas, bien por debajo de las prevalentes (por ejemplo) en Inglaterra.⁵

Con este esquema en mente, ahora analizaré el tema de cómo modificar este esquema basado en el castigo merecido para extenderlo a los delincuentes juveniles.⁶ En este artículo defenderé la tesis de que se requerirían sustanciales reducciones globales de las penas, con gradaciones sobre la cantidad de tales reducciones de acuerdo con la edad de los jóvenes delincuentes.⁷ El tema ahora es por qué debería haber tales reducciones de severidad para los menores. La bibliografía disponible refiere tres tipos de razones, relacionados con 1) la menor culpabilidad de los menores; 2) el mayor “efecto punitivo” de las sanciones penales para los menores y 3) la noción de la adolescencia como un “tiempo de pruebas”. Cada una de estas tres razones propuestas será examinada a continuación. Mi objetivo es evaluar estas razones con mayor profundidad a la luz de la teoría del merecido castigo, de lo que se ha intentado en el pasado.

Culpabilidad

Un argumento para la reducción de castigos que ha aparecido en la bibliografía se refiere al menor grado de culpabilidad de los menores. Si un joven de 15 años comete un robo, o si una persona de 35 años lo comete, las consecuencias dañinas del acto son iguales; pero lo que debería diferir son las atribuciones de culpabilidad: el menor actúa con menos falta personal al cometer el acto, por lo que el comportamiento es menos grave. En consecuencia, debería haber menor castigo por el delito, dado que es menos grave comparado con el mismo acto delictivo cometido por un adulto. Entonces corresponde la pregunta, ¿por qué está reducida la culpabilidad? Se han planteado dos tipos de argumento: 1) una afirmación cognitiva, de que los menores tienen menos capacidad para evaluar y apreciar las consecuencias lesivas de sus acciones delictivas; y 2) una afirmación referida a los controles de la voluntad, que han tenido menos oportunidades de desarrollar el control de sus impulsos y resistir las presiones de los pares para delinquir. Esto provee un marco general útil, pero se requiere un análisis de por qué se debería permitir que estos factores cuenten como reductores de la culpabilidad. Por lo general, para un adulto legalmente competente, la apreciación insuficientemente desarrollada de las consecuencias o el control de los impulsos no se consideran razones de culpabilidad reducida. ¿Por qué debería ser distinto para los menores?

Factores cognitivos

El planteamiento cognitivo se refiere a la capacidad más limitada de los menores para comprender las consecuencias dañinas de sus acciones. Se dice que los adolescentes “no han adquirido la capacidad para comprender en su totalidad las consecuencias de sus acciones” (Ball et al., 1995: 115; ver también Feld, 1999: 306–12; Zimring, 1998b: 487). ¿Pero a qué tipos de consecuencias se hace referencia aquí?

Normalmente, esta deficiencia de conocimiento no podría afectar las consecuencias que constituyen los elementos definitorios del delito. Muchos delitos comunes cometidos por menores son delitos *mens rea*, que requieren propósito o conocimiento por parte del acusado. El conocimiento de los elementos definitorios para tales delitos es un prerrequisito de la responsabilidad delictual. Por ejemplo, para el robo domiciliario, una persona satisface los requisitos del acto del delito si ingresa al domicilio de otra persona y se apodera de algún bien de propiedad de esa persona. No obstante, debe ser consciente de que el domicilio y el bien no son propios; y al ingresar en el domicilio debe haber

tenido la intención de robar el bien o cometer otro delito.⁸ Si no comprende estas cuestiones, no comete robo. Sin embargo, la mayoría de los menores tienen capacidad para un simple conocimiento de este tipo. Incluso un menor de 15 años, cuando fuerza la entrada a un piso y roba un televisor, por lo general tiene capacidad para comprender que el piso es de otra persona y que el televisor no es suyo para llevarlo.

Entonces, ¿en qué otros aspectos podría decirse que los menores tienen menos comprensión de las consecuencias dañinas? Quizás, la conciencia reducida se refiere al carácter y la importancia de los intereses que la prohibición está diseñada para proteger, intereses que a menudo no están especificados en la definición de los elementos del delito. La prohibición contra el robo domiciliario se refiere al ingreso no autorizado en el domicilio de otro con el fin de cometer un hurto u otro delito. Pero ¿qué intereses están así protegidos? La prevención del hurto no podría ser el único objetivo, dado que se trata de otras prohibiciones delictivas. La prevención contra el ingreso no autorizado al inmueble de propiedad de otro tampoco puede ser suficiente explicación, dado que el ingreso no autorizado no es por sí mismo un delito criminal penal en la mayoría de las jurisdicciones de habla inglesa. Al parecer, los intereses primordiales en juego se refieren a la privacidad y el sentido de seguridad personal (von Hirsch y Jareborg, 1991: 27). Quizás es con respecto a las consecuencias de este tipo que la comprensión de los menores puede ser insuficiente. Si bien el ladrón domiciliario de 15 años puede ser consciente de que ingresó ilegalmente en el piso de su víctima y robó su televisor, es posible que tenga menos conciencia de la forma en que su presencia agrava el legítimo sentido que tiene la víctima del domicilio como espacio personal, y de cómo su ingreso puede hacer que la persona se sienta vulnerable e insegura. E incluso si comprende estas cuestiones en teoría, es probable que no las aprecie en forma adecuada; es decir, que capte, por ejemplo, lo que se sentiría al perder la propia privacidad.

No obstante, resta explicar por qué este tipo de comprensión incompleta de los intereses relevantes debería afectar la atribución de culpabilidad en el derecho penal. Por lo general, para los adultos no se considera exculpante, ni siquiera mitigante: no se considera que el ladrón domiciliario de 35 años que cree que meramente ingresa sin autorización y roba pequeños bienes, amerite menos castigo en virtud de que no comprenda o aprecie el carácter de invasión de la privacidad que implica su conducta. Exigimos de un adulto competente un conocimiento general mínimo de los intereses básicos de las demás personas, y de la forma en que diversos tipos de conducta delictiva afectan tales intereses (Husak y von Hirsch, 1993: 163-5). La falta de comprensión de estas

cuestiones sólo constituye una falla en cuanto a tener los estándares morales correspondientes, y no debería ser un atenuante; moralmente hablando, no se considera preferible el ladrón domiciliario que carece de este tipo de comprensión al ladrón que comprende, e igual ingresa y roba.

Para que la conclusión sea diferente para menores, debemos tener diferentes expectativas normativas. El razonamiento debe ser que no se puede razonablemente esperar que los adolescentes jóvenes tengan comprensión completa de los intereses básicos de las personas y de la forma en que los delitos típicos afectan tales intereses, dado que lograr este tipo de comprensión es un proceso evolutivo. Requiere mayor grado de sofisticación moral apreciar la forma en que un robo domiciliario afecta el sentido de privacidad de alguien, que saber que no está permitido tomar el televisor de esa persona. El desarrollo de dicho conocimiento requiere habilidades cognitivas y capacidad de razonamiento moral, que se desarrollan con el tiempo, y precisamente durante el período de adolescencia que nos preocupa. Un joven de 14 o 15 años ha tenido menos oportunidades de desarrollar el conocimiento de los intereses de los demás, comparado con lo que razonablemente podemos esperar de un adulto.

Esto nos lleva al punto crítico de si estas afirmaciones cognitivas son descriptivas o normativas. Si son descriptivas, entonces las demandas de culpabilidad reducida dependerían de evidencia empírica sobre la comprensión reducida de las consecuencias.⁹ Pero este grado de comprensión muestra grandes variaciones dentro de determinado grupo etario: un joven inteligente de 15 años tendrá mayor conciencia de tales cuestiones que uno menos inteligente, o incluso que un adulto con pocas luces. En consecuencia, un enfoque descriptivo nos llevaría a distintos tratamientos para jóvenes de la misma edad, y requerir que se intenten efectuar elusivos juicios sobre el grado de sofisticación moral de determinado adolescente.¹⁰ También conduciría a la perversa consecuencia de aplicar castigos más severos a niños con mayor sofisticación moral,¹¹ una dificultad que ya ha aparecido en la aplicación de la norma inglesa (recientemente abolida) de *doli incapax*.¹² Por sobre todo, un enfoque puramente descriptivo fallaría en explicar por qué la comprensión limitada de las consecuencias debería influir sobre la culpabilidad.

Por lo tanto, el planteo de culpabilidad reducida debe tener fuertes elementos normativos: no es precisamente que, de hecho, los adolescentes tienden a tener menos comprensión completa de las consecuencias criminales. Más bien, que esto es todo lo que razonablemente deberíamos exigirles, dado el grado de dependencia de dicha comprensión respecto de la experiencia, el apren-

dizaje y las capacidades de razonamiento moral que se desarrollan durante la adolescencia a medida que transcurre el tiempo. Si los niños aparecieran en el mundo totalmente capacitados como Atenea al nacer, las exigencias a las que los someteríamos podrían ser muy diferentes. Pero entonces ya no estaríamos hablando de niños.

En tal explicación normativa, es adecuado emplear gradaciones basadas en la edad. Dado que las oportunidades para desarrollarse cognitivamente y ganar en experiencia están relacionadas con la edad, es razonable requerir comprensión más completa de adolescentes de 17 años, que de los de 14. En consecuencia, se puede establecer una escala graduada, en la que hay una reducción de severidad basada en la edad, y la reducción es mayor para los más cercanos a la edad mínima de responsabilidad.¹³ Esta escala refleja las expectativas normativas, no los patrones reales de desarrollo entre individuos. Variará respecto de que un joven particular de 14 años, frente a uno particular de 17 años, en realidad capte las típicas consecuencias dañinas de robar el domicilio de otra persona. Pero razonablemente puede esperarse más del que tiene 17 años, porque ha tenido más tiempo para crecer hacia la edad adulta.

Controles de voluntad

El otro aspecto de la culpabilidad se ocupa de los controles de la voluntad. Los adolescentes tienden a ser menos capaces de posponer la gratificación, de controlar los sentimientos de ira y agresión, y de resistir las presiones de los pares (ver Feld, 1999: 309–13).¹⁴ Es más difícil decir “No” cuando sólo se tienen 14 ó 15 años.

No obstante, respecto de esta dimensión, las expectativas normativas relevantes se tornan aún más críticas: debe preguntarse por qué el menor autocontrol debería reducir la culpabilidad. Para los adultos, esta característica no sirve normalmente para mitigar las faltas. Si un adulto acusado de un delito afirmara que su pena debería ser disminuida a causa de su comando deficiente de los impulsos, normalmente consideraríamos la cuestión como una falla moral que de ningún modo haría menos reprobable su conducta. Solo se podría reivindicar una mitigación del castigo si estas deficiencias estuvieran basadas en significativas discapacidades mentales o emocionales.¹⁵ ¿Por qué debería ser diferente la conclusión para los adolescentes?

Al igual que otros aspectos del desarrollo moral, el autocontrol es una capacidad aprendida, y la niñez y la adolescencia son los períodos durante los cuales se aprenden. Es posible que los ángeles tengan autodisciplina desde el mo-

mento de su creación, pero nosotros no, y no debería pretenderse que los niños nacieran con virtudes similares. Estas capacidades se obtienen a través del crecimiento cognitivo y emocional, la interacción con los demás y la exposición a normas sociales; y es de esperar que esto ocurra no sólo en la infancia, sino también durante toda la adolescencia. El adolescente que delinque ha tenido menos tiempo y oportunidades para desarrollar el control de sus impulsos y la capacidad para resistir las insistencias de los pares que un hombre o una mujer adulta, razón por la cual estos factores realmente deben tener incidencia sobre el grado de culpabilidad. Y como con la dimensión cognitiva ya analizada, las expectativas que debemos tener deberían variar con la edad. A medida que el adolescente se acerca a la edad adulta, cabe esperar un mejor control de sí mismo.

¿“Descuento” juvenil o evaluación individual?

Si los factores de culpabilidad sugieren penas reducidas para los menores, ¿debería esto implicar reducciones categóricas de las penas o determinaciones individuales de culpabilidad? El principio que avala mis argumentos anteriores es de reducciones categóricas, relacionadas con la edad. Aunque la apreciación real de las consecuencias muestra amplia variación entre jóvenes de la misma edad, el grado de apreciación que debemos exigir depende de la edad: tenemos derecho a pretender más comprensión y autocontrol en un joven de 17 años que en uno de 14, por lo que la reducción de la pena del de 17 años debería ser menor. La evaluación de la culpabilidad sobre la base de determinaciones individuales del grado de desarrollo moral de un joven no sería factible ni conveniente (ver *supra*).

Pero incluso si se acepta este principio, no se puede simplemente reducir la cantidad de rebaja de la pena a una simple fórmula. Desde el punto de vista numérico, los descuentos relacionados con la edad respecto de los niveles de penas existentes para adultos claramente serían insatisfactorios, dado que en la mayoría de los lugares el sistema para adultos ahora opera con un fundamento híbrido de dictado de sentencias, en el cual la proporcionalidad, la prevención del delito y diversos otros objetivos juegan distintos papeles (ver Zimring, 1998a: 149–52). Aun suponiendo un sistema hipotético para adultos que reflejara principalmente los principios de proporcionalidad, el descuento numérico para menores aún puede ser demasiado mecánico, dado que las sentencias para adultos por determinados tipos de delitos aún pueden representar un rango considerable de sanciones, según el grado de capacidad de daño de la conducta y del grado de culpabilidad hallado en casos particula-

res.¹⁶ La decisión sobre el grado de reducción de penas relacionado con la edad bien puede requerir cierto grado de criterio cualitativo.

Aparte de las reducciones categóricas relacionadas con la edad, los menores también deberían tener derecho a reivindicaciones individuales de mitigación del tipo que podrían hacer valer los adultos. Por ejemplo, un delincuente joven puede ameritar un castigo algo menor al nivel normalmente adecuado para su edad si solo fue un actor periférico en el delito, o fue provocado.¹⁷

Lo que requiere exploración posterior es si se debería reconocer algún reclamo mitigante individual exclusivo de los adolescentes. Incluso si generalmente no tratáramos de efectuar evaluaciones individuales sobre el desarrollo moral, podrían reconocerse ciertos tipos particulares de situaciones en las cuales los niños se han visto enfrentados a impedimentos objetivos inusualmente graves para el desarrollo de la comprensión o el autocontrol. Este enfoque requeriría mayor reflexión sobre los tipos de circunstancias especiales que justificarían esta mitigación especial.

Efecto punitivo

Una segunda línea de argumentos para las reducciones de las penas que aparece en la bibliografía se refiere al “efecto punitivo”. Se dice que determinada pena es más onerosa cuando la sufre un niño que un adulto. Se afirma que los jóvenes son psicológicamente menos flexibles, y que los castigos sufridos generan más interferencia con las oportunidades de educación y desarrollo personal (Ball et al., 1995: 116; Zedner, 1998: 173).

No obstante, estas afirmaciones generan la pregunta sobre qué concepción de efecto punitivo debería usarse. Una posible perspectiva es la subjetivista: que la severidad de una sanción depende de lo desagradable de la experiencia. En consecuencia, las penas son más onerosas cuando se aplican a adolescentes, simplemente porque estas personas las sienten más desagradables. Pero una concepción subjetivista de la severidad tendría consecuencias perturbadoras. Permitiría un alto grado de variación entre delincuentes de cualquier edad dada. Algunos jóvenes de 15 años son rudos, otros son sensibles, por lo que podrían aplicarse mayores privaciones a los rudos, sobre el fundamento de que las sentirían con menor intensidad. La medición del grado de punibilidad según las sensibilidades personales de delincuentes en particular, tendría implicancias sociales problemáticas en el grado en que la rudeza y el acostumbamiento a la privación estén relacionados con la clase social. Además, este

enfoque tampoco concuerda con la forma de medir la severidad del castigo para adultos. Comúnmente se presume que la onerosidad (digamos) de un plazo de prisión debería depender, sobre todo, de factores objetivos tales como su duración y (posiblemente, pero más controvertido) la clase de condiciones prevalentes en la institución, más que de la sensibilidad personal del acusado a las privaciones del castigo.¹⁸

Además, considero que el punto de vista subjetivista de severidad penal está mal concebido en principio. Lo que hace más o menos severos los castigos no son sensaciones identificables que varían mucho de una persona a otra; más bien es el grado de interferencia de estas sanciones con importantes intereses de las personas. Los intereses no son meramente subjetivos: consisten de recursos sobre los cuales las personas tienen pretensiones normativas legítimas. La severidad de la prisión no depende de “sentirse mal” en sentido inmediato, sino de su interferencia con intereses importantes tales como la libertad de movimiento, la privacidad, la autonomía personal en las actividades cotidianas, y el derecho de elegir a nuestras relaciones (von Hirsch, 1993: cap. 4).

Por lo tanto, sería preferible aplicar un análisis de intereses a la evaluación del efecto punitivo. Las penas deberían ser calificadas por su severidad, de acuerdo con el grado de importancia de los intereses afectados y del grado de intrusión de la pena en tales intereses. En otra parte, he sugerido que la importancia de estos intereses puede ser calibrada por el grado en que afectan el “estándar de vida” de una persona común, es decir, los recursos que tal persona necesitaría habitualmente para llevar adelante una vida satisfactoria (ver con más detalle, von Hirsch y Jareborg, 1991; von Hirsch, 1993: cap. 4).

La adopción de este análisis de intereses significa que la evaluación de la severidad no se hace en función de las preferencias y sensibilidades de los individuos en particular. El estándar de vida, en el sentido a que se hizo referencia recién, considera los medios y las capacidades que normalmente serían importantes para la vida. Si determinado interés es importante en este sentido, justificaría una calificación alta -con independencia de que para algunas personas podría tener menor importancia o elegir no tenerlo. Por lo tanto, la prisión califica como pena severa en virtud de los intereses sobre libertad de movimiento, privacidad y autonomía que restringe. Además, este criterio es en una parte significativa normativa, y no solo descriptiva. No sólo se refiere a que muchas personas quieren tener libertad de desplazamiento, disfrutar de un mínimo de privacidad y tener el control sobre sus actividades diarias, y en consecuencia no les gusta estar en prisión. Más bien, tiene que ver con que tales intereses de-

berían ser considerados como importantes para las personas en una sociedad libre, y por lo tanto, que la prisión debería entenderse como una gran carga.

¿De qué modo influiría este análisis de intereses sobre la medición del efecto punitivo sobre los menores? Puede argumentarse que los jóvenes tienen ciertos intereses especiales; y los castigos son más onerosos para ellos por su intrusión sobre esos intereses. Por una parte, hay ciertos intereses de desarrollo. En condiciones normales, hay oportunidades y experiencias esenciales que deben ser proporcionadas entre las edades de 14 y 18 años. El joven requiere adecuadas oportunidades escolares y de aprendizaje; necesita estar en una atmósfera razonable de crianza, por ejemplo una familia; requiere la exposición a modelos de rol adecuados; y necesita poder comenzar a desarrollar lazos con amigos y relaciones confiables. Estas no son meras preferencias, sino intereses reales: una persona joven debería contar con estos recursos para madurar en forma adecuada y tener una buena vida. Por lo tanto, los castigos son más onerosos para los adolescentes debido a la forma en que comprometen este tipo de intereses. Esto es más obviamente cierto en la prisión, que tiende a truncar las oportunidades de aprendizaje, provee una atmósfera hostil más que de crianza, ofrece escasos modelos de rol o modelos destructivos; y fomenta actitudes de desconfianza. En consecuencia, si los castigos son más onerosos cuando los sufren los menores, se requeriría que la proporcionalidad los redujera.

Un segundo tipo de interés se relaciona con la capacidad de autoestima. Dadas las necesarias connotaciones de censura del castigo, es difícil para todos sufrir un castigo sin ver afectada su autoestima, pero la dificultad es mayor para los menores, en especial cuando ingresan en la adolescencia. Es característico de los adolescentes que su autoestima, su sentido del yo como personas valiosas con potencial para un mejor futuro, tiende a ser más frágil –y puede esperarse razonablemente que sean más frágiles– que en los adultos. Nuevamente, es una cuestión normativa y no solo descriptiva. El desarrollo de una fuerte concepción del yo, que sea resiliente y a la vez capaz de soportar las críticas legítimas de los demás, es producto de la maduración y la experiencia. Por lo tanto, corresponde exigir de los menores un menor grado de resiliencia psicológica al recibir un castigo, respecto de lo que se debería poder exigir de un adulto. Nuevamente, estos criterios normativos están relacionados con la edad. Cuanto más joven es el delincuente, menor resiliencia se le puede exigir razonablemente.

Estos intereses evolutivos también pueden señalar diversos criterios respecto del tipo de sanción. Por ejemplo, tales criterios pueden requerir mayor dependencia de penas sin detención con preferencia a períodos cortos de prisión, debido a los efectos disruptivos de la prisión sobre la escolaridad, la vida familiar y elementos similares de una persona joven.¹⁹

¿“Tolerancia” especial para los menores?

La bibliografía sobre sanciones proporcionadas para menores se refiere principalmente a las cuestiones anteriores de culpabilidad y efecto punitivo. Los menores deben ser castigados menos porque 1) son menos culpables, y 2) los castigos tienen más “efecto” sobre ellos. Supongamos (como gran sobresimplificación²⁰) que debiéramos calificar la gravedad de los delitos de “1” a “10”, y la severidad de los castigos de “I” a “X”. Los argumentos anteriores podrían sugerir que, para una persona de determinada edad, un delito con una calificación de gravedad de “5” para un adulto podría calificar de “3” para un menor de 15 años; y que un castigo con una calificación de severidad de “V” para un adulto calificara de “VII” para esa persona joven. Sin embargo, esto aún presume que no se han modificado las convenciones que relacionan gravedad y severidad. Si los delitos (ajustados por los factores de culpabilidad) tienen las mismas calificaciones de gravedad, y si las penas (ajustadas por la mayor vulnerabilidad de los menores) tienen las mismas calificaciones de severidad, entonces los menores y los adultos recibirían penas equivalentes.

¿Pero se justificaría dar otro paso más? ¿No debería haber distintas convenciones que relacionen la severidad del castigo con la gravedad de los delitos para menores y para adultos? Esto constituiría una verdadera afirmación de que los jóvenes merecen menos: de que debería haber convenciones de castigos diferentes y más leves para los delincuentes juveniles, incluso después de tomar en cuenta las diferencias de culpabilidad y de “efecto” punitivo. Creo que este paso es conveniente. Entonces se plantea el interrogante de por qué es así, y de cómo se puede conciliar la adopción de una convención de castigo diferente para los menores con nociones de proporcionalidad de las sentencias.

La adolescencia como período para “probar los límites”

Sabemos que la juventud es un período de experimentación; es decir, de romper con la autoridad de los adultos, de intentar una vida autónoma, de probar los límites. Como consecuencia es un período para cometer errores, incluso

los que dañan a otros. Franklin Zimring asimila este período de la vida con el momento en que un conductor obtiene su permiso de principiante: sabemos que conducirá en forma menos correcta que un conductor experimentado, y en consecuencia es más probable que haga daño, pero de todos modos le permitimos que conduzca (aunque, quizás, con restricciones específicas) porque sólo así podrá llegar a ser un conductor aceptable (Zimring, 1982: cap. 5). Zimring argumenta que permitir este proceso de experimentación tiene particular importancia en la sociedad libre. Ahora, no deseamos capacitar a los jóvenes para realizar roles sociales predeterminados, en la forma de las sociedades tradicionales. En cambio, deseamos ayudarlos a aprender a actuar en forma autónoma y a hacer sus propias elecciones de vida. Eso requiere permitir que los adolescentes realmente hagan esas elecciones y tomar los riesgos inevitables correspondientes.

Si estos son los riesgos inevitables correspondientes a permitir que los adolescentes experimenten sus acciones en forma autónoma, ¿cómo manejamos los daños que, según sabemos, pueden ser el resultado? La respuesta sensata es la división de las pérdidas -de, en palabras de Zimring, “mantener al mínimo el daño infligido a los [jóvenes delincuentes] cuando abusaron de sus oportunidades en una forma que daña a la comunidad” (1982: 91). La política del castigo a los menores debería estar diseñada para “preservar las elecciones de vida para aquellos que cometen grandes errores” (1982: 91). Nuevamente, esta es una apuesta: de que muchos o la mayoría de los menores que abusan de tales oportunidades, cuando maduren, aprenderán mejor a vivir en forma autónoma -y no deberían ser cargados indebidamente con las consecuencias penales de sus malas elecciones anteriores.

Una forma de reducir esa carga consiste en adoptar una convención de castigo para menores menos rigurosa que para los adultos. Incluso después de controlar las diferencias de culpabilidad y “efecto punitivo”, deberíamos utilizar una convención de castigo más leve que la aplicable a adultos. Al castigar menos, esperamos preservar mejor las oportunidades y las perspectivas del joven -y así permitirle vivir libremente como adulto, con menos cargas por sus errores anteriores.

¿Hasta qué punto avala esta línea de argumentos los niveles reducidos de castigo para los menores? Muchas cuestiones deben aclararse. Una se refiere a las consecuencias que pueden esperarse de tal reducción. ¿Puede decirse que los índices de delincuencia juvenil serán menores si se adopta una escala de castigos más leve? Por una parte, se ha argumentado que las sanciones más leves harán que los menores se identifiquen menos como delincuentes

y en consecuencia cometan actos delictivos con menor frecuencia; o, por otra parte, que tales sanciones reducidas disminuirán los efectos disuasorios marginales, y en consecuencia generen un incremento de los delitos. Sin embargo, estos efectos potenciales no pueden medirse ni siquiera con un mínimo de confiabilidad, dado el estado actual de conocimiento sobre el poder disuasivo marginal y otros efectos de prevención del delito (ver, por ejemplo, von Hirsch et al., 1999).

Cualquier afirmación sobre los efectos beneficiosos de reducir la escala de penas para los delincuentes juveniles deberá centrar la atención, en cambio, sobre cómo el castigo afecta los procesos comunes del crecimiento. La vida autónoma implica no sólo hacer elecciones, sino ser responsable ante otros por esas elecciones. Un fundamento del dictado de sentencias proporcionales presupone que parte de esa responsabilidad es sometida a censura penal por la transgresión legal. Sin embargo, el castigo también tiende a interrumpir las rutinas comunes y las oportunidades de desarrollo del crecimiento. Una forma de mantener la responsabilidad de los jóvenes, y al mismo tiempo tratar de reducir el daño a sus vidas consiste en adoptar convenciones de castigo menos rigurosas para los adolescentes.

No obstante, esto aún no nos conduce a nuestra conclusión deseada. La “división de las pérdidas” es una preocupación consecuencialista: se refiere a las consecuencias beneficiosas (o menos injuriosas) de castigar menos. Pero un fundamento proporcionalista del dictado de sentencias usa los criterios de castigo orientados retrospectivamente: se refiere a la censura penal expresada a través de sanciones por delitos ya cometidos. Entonces, ¿cómo se puede relacionar la tesis de “probar los límites” con estos criterios retrospectivos? Analizaremos este tema a continuación.

“Tolerancia” como base para reducir en escala los niveles de castigo – descuento por primer delito

Al juzgar la sentencia proporcionada, los criterios primarios son la seriedad del delito y el grado de severidad del castigo. Recién analizamos estas dimensiones aplicadas a los delincuentes juveniles. Sin embargo, en ciertos contextos hay una consideración adicional sobre lo que he denominado tolerancia parcial (von Hirsch y Ashworth, 1998: 191–7). La tolerancia no está dirigida a la gravedad del delito, sino más bien a cuánta censura penal debería adjuntarse a la conducta de un determinado grado de gravedad. El concepto de la tolerancia parcial se refiere a que, en ciertas situaciones, deberíamos mantener cierto gra-

do de comprensión por las dificultades en que se encuentran los castigados, y en consecuencia utilizar estándares de culpa más indulgentes.

En otra parte apliqué esta noción de tolerancia parcial en un contexto diferente, a saber, a fin de argumentar a favor de un modesto descuento de los castigos de delincuentes de primera vez (adultos) (ver von Hirsch, 1981, 1985: cap. 7; von Hirsch y Ashworth, 1998: 191–7). El descuento al delincuente de primera vez que sugiero no se basa en una afirmación de culpabilidad reducida; se aplica al delincuente de primera vez que aparece totalmente culpable -por ejemplo, con total conciencia de la ilicitud de su conducta. La esencia del reclamo se refiere a que incluso si el primer delito no refleja menos culpabilidad, debería ser juzgado por estándares menos rigurosos.

Argumenté que la tolerancia parcial para los delincuentes de primera vez descansa en la noción de un lapsus. Una transgresión (incluso de leyes penales) debe ser juzgada con menor rigurosidad cuando tiene lugar con antecedentes de cumplimiento previo. El concepto radica en que incluso en una persona común con buena conducta pueden fallar sus inhibiciones morales en un momento de obstinación o debilidad. Este lapsus refleja un tipo de fragilidad humana para la cual debería demostrarse algo de comprensión.

La tolerancia parcial no sólo refleja esta comprensión; se otorga con la presunción de que los humanos también son capaces de hacer algo respetable, a saber entender la censura de los demás. El reconocimiento de la falibilidad –la susceptibilidad humana al lapsus– requiere una tolerancia limitada a la falta, expresada a través de cierta disminución de la respuesta penal inicial. El proceso respectivo, a cuenta del cual también se otorga el descuento, es aquel por el cual la persona puede reconocer la desaprobación aplicada a través del castigo de su primer delito, y alterar su comportamiento en consecuencia. Viendo a la persona como agente moral, en principio suponemos que es capaz de tal respuesta, y por eso se le da una “segunda oportunidad”.

No obstante, esta tolerancia es temporaria: se otorga al delincuente por primera vez, disminuye para un segundo o tercer delito y luego (o muy poco después) se pierde. Los delitos reiterados ya no califican como un mero lapsus; y el delincuente no responde a la censura en la forma esperada de ejercer mayor autocontrol. Este carácter temporario es crucial, dado que asegura que, en última instancia, se considerará que los delincuentes son responsables por sus acciones sin descuento basado en la tolerancia.

¿Debería aplicarse una tesis de “tolerancia” a los menores?

¿Puede aplicarse también una tesis de tolerancia comparable a los menores para justificar una convención de castigo más leve? Creo que sí -si bien sus especificaciones operarían de modo diferente. La noción de la adolescencia como período de prueba, ya esquematizado, provee una buena razón para otorgar una tolerancia parcial. ¿Por qué? El punto a destacar no sólo es que los adolescentes tienen mayor tendencia a sobrepasar los límites legales. Más bien es que la situación en la que se los coloca, de ser estimulados a comenzar a hacer elecciones autónomas, incentiva su experimentación y en consecuencia a sobrepasar los límites. Si se supone que los jóvenes deben “intentar” tomar sus propias decisiones, con independencia de las elecciones dañinas previsibles que puedan resultar, entonces debería haber cierta comprensión por los fracasos, que deberían ser juzgados por un estándar menos riguroso.

Vale destacar algunas características de este argumento. Primero, difiere del planteo anterior de que los delincuentes juveniles son menos culpables. Este argumento de tolerancia no es reducible a reclamos de menor comprensión de las consecuencias, control de impulsos menos adecuado, etc. Más bien, se refiere a que los jóvenes, cuando se les da la oportunidad de una vida más autónoma, a menudo hacen las elecciones equivocadas, incluso errores para los cuales conocen muy bien las consecuencias dañinas, y que podrían haber evitado cometer. El aprendizaje en cuanto a hacer elecciones conlleva el riesgo de hacer malas elecciones.

Segundo, por lo general, la tolerancia debería estar disponible para la generalidad de los delincuentes jóvenes; no debería ser el tipo de mitigación que se otorga a este delincuente juvenil y se niega a este otro, porque uno atrae nuestra simpatía más que el otro. Todo joven, en virtud de su estado de adolescente, enfrenta las dificultades incluidas en el aprendizaje de vivir en libertad, y todos deberían tener el derecho de cierto grado de comprensión al transgredir los límites.

Tercero y esencial, la tolerancia es temporaria. Debería ser mayor en la primera adolescencia y disminuir gradualmente a medida que se acerca la mayoría de edad. Esto concuerda con el fundamento subyacente, de que la adolescencia es un período para aprender a vivir en libertad. Cuando se llega a la edad adulta, la persona ya habrá tenido su oportunidad de probar los límites y debería ser tratada como adulto -es decir, ser considerado normalmente responsable.

¿Cómo se entiende esta responsabilidad con la tesis de Zimring sobre la juventud como período de prueba? Tal como observamos antes, sus argumentos son consecuencialistas: que se hará menos daño a los menores

si las penas se reducen en escala. A fin de justificar la reducción de las penas, según el fundamento del dictado de sentencias proporcionalista, se necesita una razón orientada retrospectivamente, y (creo) que ha sido proporcionada por el argumento de la tolerancia. Mi tesis es que la reducción en escala de los castigos no es sólo cuestión de evitar consecuencias no deseadas en el futuro; sino que es adecuado juzgar a los menores con un estándar menos riguroso en vista de las dificultades que enfrentan al aprender a vivir en forma autónoma.

Si bien esta tesis se asemeja al descuento del delincuente de primera vez en cuanto a su dependencia de la noción de “tolerancia”, sus criterios de aplicación son manifiestamente diferentes. La reducción para el delincuente de primera vez depende de condenas previas y de su frecuencia: la idea es que el primer delito debe ser considerado como un “lapsus» que justifica un descuento del castigo, que disminuye con unas pocas reiteraciones y luego se pierde. La reducción de la pena para los jóvenes constituye otra aplicación de la noción general de juzgar a las personas con menor rigurosidad en vista de ciertos tipos de falibilidad humana y capacidad de agencia. Pero esto no depende de nociones de lapsus temporario, sino de algo diferente de las repeticiones de los delitos: a saber, la edad de los menores involucrados. La reducción es mayor para los jóvenes con edad cercana a la mínima de responsabilidad y disminuye a medida que se acerca la edad adulta. Aquí no interesa el criterio de reincidencia.²¹

¿Qué diferencia en la práctica?

En términos prácticos, ¿cómo diferiría el esquema propuesto de los sistemas de justicia juvenil existentes? No se puede dar una respuesta general, debido a los múltiples factores que inciden sobre los esquemas de justicia juvenil en diversas jurisdicciones. Mi propuesta de enfoque tendría considerables similitudes con el sistema sueco para menores, y mayores diferencias con los de otras jurisdicciones.

El punto de partida sería un sistema de dictado de sentencias para adultos con penas moderadas y graduales. Los niveles de penas serían muy inferiores a los de la mayoría de las jurisdicciones de habla inglesa, y reflejarían más la gravedad del delito.

No obstante, en comparación con tal sistema para adultos, las penas para los delincuentes juveniles deberían ser reducidas sustancialmente en escala por las tres razones analizadas en este artículo: culpabilidad, “efecto” punitivo y una “tolerancia» especial para los menores. El grado de descuento debería

estar relacionado con la edad. Este artículo centró la atención principalmente sobre el análisis de estas tres clases de razones.

No habría ninguna disposición comparable a la dispensa (*waiver*) en los tribunales de los Estados Unidos -por la cual para diversos delitos (a menudo más graves), se retira el status de menor y los jóvenes acusados son castigados con niveles de pena de adultos.²² La mayor gravedad del delito sería causa para imponer mayores penas, en comparación con las impuestas a menores por otros delitos menores, pero no para ignorar las causas de reducción general de las penas a menores.

En el debate estadounidense, a menudo se ha relacionado la adopción de penas proporcionadas, pero reducidas en escala para menores, con propuestas de abolición de tribunales juveniles separados (ver en particular, Feld, 1999). Sin embargo, la dificultad de esta relación radica en que -a menos que se modifique sustancialmente la práctica del dictado de sentencias en los tribunales de adultos- la abolición podría conducir a grandes incrementos de penas para menores.

Mi análisis no presupone ninguna relación de este tipo. Lo que cuenta en este análisis son los criterios para las sentencias aplicables a menores -a saber, el énfasis sobre sanciones proporcionadas y el uso de penas reducidas en escala. Esto podría implementarse de diversas maneras. Un abordaje posible sería prescindir de tribunales juveniles separados y que los tribunales de jurisdicción general procesen los casos de menores, pero aplicando estándares de dictado de sentencias distintos (y más leves). Este es ahora el caso en Suecia. Un enfoque alternativo sería crear o mantener un tribunal de menores separado, pero alterar sus criterios en la forma sugerida aquí. Alternativamente, podría haber enfoques híbridos -por ejemplo, con tribunales de jurisdicción general que operen con divisiones de menores especiales. Por una parte, podría argumentarse que si también se aplica el fundamento básico de proporcionalidad a los menores, no hay ulterior necesidad de un tribunal de menores separado. Por otra parte, podría ocurrir que los menores necesiten apoyo y asistencia especial, que pueden ser proporcionados mejor por personal judicial especialmente capacitado. La preferencia sobre estas diversas soluciones organizativas puede variar entre diferentes jurisdicciones, según sus particulares tradiciones judiciales. Es importante no confundir las cuestiones de fundamentos y criterios de sentencia con las de organización judicial.

Este artículo intentó deliberadamente plantear un esquema ideal, diseñado para reflejar cómo aplicar un fundamento de castigo merecido a menores. En muchas jurisdicciones actuales, será difícil lograr el grado de énfasis sobre la proporcionalidad o los niveles reducidos de castigo que he propuesto aquí.

Pero mi objetivo aquí ha sido especificar por qué un enfoque orientado al castigo merecido debería adoptar estándares de penas diferentes (y más leves) para menores. Hablo de la dirección del cambio conveniente.

Agradecimientos

Este artículo se basa en una conferencia presentada en All Souls College, Oxford, en mayo de 1999. El autor agradece los comentarios de Andrew Ashworth, Anthony Bottoms, Antony Duff, Barry Feld, Tatjana Hoernle, Amanda Matravers, Michael Tonry, Beatrice von Silva-Tarouca, Lucia Zedner y tres revisores no identificados de esta revista.

Notas

1 Para una descripción del sistema inglés vigente antes de 1998, ver Ball et al. (1995). El actual gobierno laborista ha adoptado significativos cambios según la *Crime and Disorder Act* de 1998, y fueron implementados a nivel nacional en abril de 2000. Para ver la descripción y el análisis del sistema estadounidense de sanciones para menores, ver Feld (1999).

Cabe destacar que una jurisdicción no europea, Nueva Zelanda, ha adoptado un sistema de disposiciones para menores con otro fundamento distinto, el de justicia reparadora (ver Maxwell y Morris, 1993).

2 Ver, en particular, Feld (1999: cap. 8).

3 Para los pros y contras de un fundamento de castigo merecido, ver von Hirsch y Ashworth (1998: cap. 4); y más en profundidad, Walker (1991) y von Hirsch (1993).

4 Para el análisis del papel de las condenas previas para el modelo de castigo merecido, ver *supra*.

5 Dado un fundamento que enfatiza la censura, las penas calificadas por severidad de acuerdo con la gravedad de los delitos (incluso si no implican equivalencia de daño por daño) serían suficientes para trasladar la culpa por diversos delitos. También argumenté (von Hirsch, 1993: cap. 5) que los altos niveles de severidad general no concuerdan con las funciones morales de la censura penal. A través de las características de censura del castigo, la sanción penal ofrece una razón normativa para el desistimiento que puede ser ofrecido a los seres humanos, vistos como agentes morales: que realizar ciertos actos es malo y en consecuencia deberían evitarse. Entonces, las privaciones materiales del castigo pueden visualizarse como proveedoras de una falta de incentivo suplementario

-es decir, que proveen a los humanos (debido a la falibilidad humana y a las tentaciones del delincuente) una razón prudencial adicional para cumplir con la ley. Sin embargo, cuanto más se elevan los niveles de pena, menos significativas pueden ser las razones normativas de desistimiento proporcionadas por la censura penal, y tanto más predominante serán los aspectos puramente amenazadores del sistema (en las aptas palabras de Hegel, un palo alzado hacia un perro). El grado en que se acepte este argumento indica el mantenimiento de las penas en niveles moderados.

- 6 A los fines del presente análisis, los delincuentes juveniles serían aquellos cuyas edades van desde la mínima de responsabilidad penal (14 en muchas jurisdicciones de Europa occidental, pero ahora 10 en Inglaterra) hasta la edad de adulto legal (es decir, 18 años).
- 7 Este enfoque general, de sanciones proporcionadas, pero con reducciones de los niveles de sentencia relacionadas con la edad, también se recomienda en Feld (1999: cap. 8).
- 8 Para una especificación de los elementos del delito de robo ver, por ejemplo, American Law Institute, *Model penal code* (1962: s. 221.1(1)).
- 9 Para el análisis de los estudios psicológicos referidos a la comprensión reducida, ver Feld (1999: 306–14).
- 10 Feld señala que: La “psicología evolutiva no posee indicadores confiables del desarrollo moral que equivalgan fácilmente con la responsabilidad penal” (1998: 248).
- 11 Este enfoque parece perverso dado que el grado de apreciación que tiene un joven sobre las consecuencias dañinas de su conducta pueden depender no solamente de sus capacidades innatas y sus oportunidades, sino (al menos en cierto grado) también de sus propios esfuerzos de aprendizaje para comprender los intereses de los demás. Hasta el grado que tiene éxito en incrementar su comprensión, no parece equitativo penalizar sus esfuerzos al retenerlo en un estándar de faltas superior, y así castigarlo con mayor severidad que a otros jóvenes de su edad.
- 12 Según la ley inglesa anterior a 1998, un niño de entre 10 y 14 años solo podía ser considerado penalmente responsable si la fiscalía, además de establecer los elementos del delito, cubría la carga de demostrar que el niño sabía que la conducta era mala. En la *Crime and Disorder Act* de 1998, s. 34, se eliminó esta norma. Sin embargo, en lugar de revocar la norma de *doli incapax*, para elevar la edad de responsabilidad a 14 años,

la Ley redujo esa edad para todos los delincuentes juveniles al sorprendentemente bajo nivel de 10 años.

- 13 También se sugieren las gradaciones de respuesta basadas en la edad en Feld (1999: 315–20).
- 14 Ver también Zimring (1998a: 77–81, 1998b: 487–90).
- 15 En consecuencia, según la ley sueca de dictado de sentencias, se considera un factor mitigante que el acusado "... debido a una anomalía mental... tenga capacidad reducida para controlar su comportamiento" (Código Penal Sueco, cap. 29, s. 3:2).
- 16 Esto es especialmente cierto en los estándares orientados al castigo merecido, por ejemplo el de Suecia, que depende de principios legales generales que los tribunales deben aplicar en casos particulares, en lugar de rangos de dictado de sentencia numéricos prescriptos numéricamente; ver Jareborg (1995).
- 17 En general, la ley de dictado de sentencias de Suecia reconoce la provocación como circunstancia mitigante. Ver Código Penal Sueco, cap. 29, s. 3:1. Para el análisis del papel de la provocación según el fundamento del castigo merecido, ver Narayan y von Hirsch (1996).
- 18 Puede haber algunas excepciones respecto de tipos especiales de vulnerabilidad que tipifican ciertos grupos de delincuentes adultos en desventaja -por ejemplo, los ancianos y los enfermos. En consecuencia, la ley sueca de dictado de sentencias permite reducir la sentencia cuando el "castigo impuesto de acuerdo con el valor penal del delito [es decir, la gravedad] afectaría al acusado en forma indebidamente severa, debido a la edad avanzada o al mal estado de salud"(Código Penal Sueco, cap. 30, s. 5:6).
- 19 Para el análisis de la posibilidad de algún grado de elección, según el modelo de castigo merecido de un adulto, entre cortos períodos en prisión y las formas más severas de sentencias sin detención, ver von Hirsch (1993: 61).
- 20 Este ejemplo de grados numéricos de gravedad y severidad sólo tiene fines ilustrativos. Que las pautas numéricas o los principios de dictado de sentencias legales sean un método preferido de regular la decisión del dictado de sentencias puede variar según la jurisdicción correspondiente, y en cualquier caso es una cuestión distinta -que no será tratada aquí. Ver con más detalle en von Hirsch et al. (1987: Cap. 3).

- 21 Debido a estos criterios diferenciados, a un joven delincuente de primera vez se le podría permitir la aplicación de ambos descuentos. Por ejemplo, sobre la base de la teoría de tolerancia para menores, un joven de 14 podría recibir una significativa reducción de pena, comparado con un adulto. Pero a su vez, si es delincuente de primera vez, también podría recibir un modesto descuento respecto de un joven reincidente de la misma edad.
- 22 En diversos estados de los Estados Unidos, los jóvenes cuyos casos han recibido “dispensa” para los tribunales adultos pueden enfrentar penas muy severas. De hecho, menores de apenas 13 años han sido condenados a prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional (ver Logan, 1998).

Referencias

- American Law Institute (1962) *Model penal code*. Philadelphia, PA: American Law Institute.
- Ashworth, A. (2000) *Sentencing and criminal justice*. 3º ed. London: Butterworths.
- Ball, C., K. McCormac y N. Stone (1995) *Young offenders: Law, policy and practice*. London: Sweet & Maxwell.
- Duff, R.A. (1996) ‘Penal communications: Recent work in the philosophy of punishment’, en M. Tonry (ed.) *Crime and justice: A review of research 20*, pp. 1–97. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Feld, B. (1998) ‘Juvenile and criminal justice systems’ responses to youth violence’, en M. Tonry and M. Moore (eds) *Youth violence. Crime and justice: A review of research 24*, pp. 189–261. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Feld, B. (1999) *Bad kids: Race and the transformation of the juvenile court*. New York: Oxford University Press.
- Husak, D. y A. von Hirsch (1993) ‘Culpability and mistake of law’, en S. Shute, J. Gardner and J. Horder (eds) *Action and value in the criminal law*, pp. 157–74. Oxford: Oxford University Press.
- Jareborg, N. (1995) ‘The Swedish sentencing reform’, en C. Clarkson and R. Morgan (eds) *The politics of sentencing reform*, pp. 95–123. Oxford: Oxford University Press.
- Lockyer, A. y F. Stone (1998) *Juvenile justice in Scotland*. Edinburgh: T. & T. Clarke.

- Logan, W.S. (1998) 'Proportionality and punishment: Imposing life without parole on juveniles', *Wake Forest Law Review* 33: 681–725.
- Maxwell, G. y A. Morris (1993) *Family, victims and culture: Youth justice in New Zealand*. Wellington, New Zealand: Social Policy Agency.
- Narayan, U. y A. von Hirsch (1996) 'Three conceptions of provocation', *Criminal Justice Ethics* 15(1): 15–25.
- Norrie, K. (1997) *Children's hearings in Scotland*. Edinburgh: W. Green.
- von Hirsch, A. (1981) 'Desert and previous convictions in sentencing', *Minnesota Law Review* 65: 591–634.
- von Hirsch, A. (1985) *Past or future crimes: Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press.
- von Hirsch, A. (1993) *Censure and sanctions*. Oxford: Oxford University Press.
- von Hirsch, A. y A. Ashworth, eds (1998) *Principled sentencing*, 2º ed. Oxford: Hart Publishing.
- von Hirsch, A. y N. Jareborg (1991) 'Gauging criminal harm: A living-standard analysis', *Oxford Journal of Legal Studies* 11: 1–38.
- von Hirsch, A., K. Knapp y M. Tonry (1987) *The Sentencing Commission and its guidelines*. Boston, MA: Northeastern University Press.
- von Hirsch, A., A.E. Bottoms, E. Burney y P.-O. Wikström (1999) *Criminal deterrence and sentence severity*. Oxford: Hart Publishing.
- Walker, N. (1991) *Why punish?* Oxford: Oxford University Press.
- Zedner, L. (1998) 'Sentencing young offenders', en A. Ashworth y M. Wasik (eds) *Fundamentals of sentencing theory*, pp. 165–86. Oxford: Oxford University Press.
- Zimring, F.E. (1982) *The changing legal world of adolescence*. New York: Free Press.
- Zimring, F.E. (1998a) *American youth violence*. New York: Oxford University Press.
- Zimring, F.E. (1998b) 'Toward a jurisprudence of youth violence', en M. Tonry and M. Moore (eds) *Youth violence. Crime and justice: A review of research* 24, pp. 477–501. Chicago, IL: University of Chicago Press.

Andrew Von Hirsch (LL.D., Cambridge) es Profesor Honorario de Teoría Penal y Derecho Penal y Asociado de Fitzwilliam College, Universidad de Cambridge. Es autor de *Doing Justice* (1976), *Past or Future Crimes* (1985), *Censure and Sanctions* (Oxford University Press, 1993); coautor de *Criminal Deterrence and Sentence Severity* (Hart Publishing, 1999); y coeditor de *Principled Sentencing* (Hart Publishing, 1998). Es Director del recientemente establecido Centro de Teoría Penal y Ética Penal del Instituto de Criminología de Cambridge.

IV. La susceptibilidad de los menores a hacer falsas confesiones y falsas declaraciones de culpabilidad*

Allison D. Redlich, Ph.D**

Universidad Estatal de Nueva York

Introducción

En las últimas dos décadas, cientos de personas fácticamente inocentes y condenadas injustamente han sido exoneradas.¹ Tal como se destacó en el simposio de *Rutgers Law Review* de 2010, el cual dio origen al presente artículo, se ha detectado que los menores, en comparación con los adultos, están en creciente situación de riesgo de ser condenados injustamente.² Quizás es más notable el mayor riesgo de falsas

* Publicado en *Rutgers Law Review*, Vol. 62:4, 2010, pp. 943-957. Agradecemos a la profesora Redlich su autorización para traducir y distribuir este trabajo.

** Allison D. Redlich es Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho Penal en la Universidad del Estado de Nueva York, en la sede de la Universidad en Albany. Antes fue Investigadora Asociada Senior de los Asociados de Investigación de Políticas y Científica Investigadora de la Facultad de Medicina de la Universidad de Stanford. Obtuvo su diploma en Psicología Evolutiva en la Universidad de California, en Davis. La profesora Redlich es una experta internacionalmente reconocida sobre interrogatorios policiales y falsas confesiones, en particular con poblaciones vulnerables, tales como personas enfermas mentales y menores. Además de este campo de estudio, la profesora Redlich conduce investigación sobre los Tribunales de Salud Mental y otras formas de derivaciones de la justicia penal. Ha publicado numerosos textos en ambos campos y a menudo es requerida para proporcionar testimonios de experta. Su investigación recibió fondos de la Agencia Federal de Investigaciones, la Fundación Nacional para la Ciencia, el Instituto Nacional de Justicia, la Fundación John D. y Catherine T. MacArthur, y NARSAD: la Asociación de Investigación sobre Salud Mental. La profesora Redlich es miembro de la Comisión Asesora del Center on Wrongful Convictions of Youth, y participa activamente en la Asociación Americana de Psicología, incluso interviene en las Comisiones Ejecutivas de la Sociedad Americana de Leyes y Psicología sobre la Práctica y las Políticas para la Infancia y la Familia.

confesiones, uno de los principales contribuyentes de estos errores judiciales.³ En la actualidad, los científicos sociales tienen gran conocimiento sobre el cómo, el cuándo y el por qué de las falsas confesiones.⁴ Se sabe menos sobre las falsas declaraciones de culpabilidad, una forma de falsas confesiones. Sin embargo, hay muchas razones para sospechar que las falsas declaraciones de culpabilidad son aún más prevalentes, pero más difíciles de detectar que las falsas confesiones.⁵

Un objetivo del presente artículo es revisar por qué los jóvenes en riesgo de dar falsas confesiones en la sala de interrogatorio pueden o no estar en riesgo de dar falsas confesiones a los acusadores, o falsas declaraciones de culpabilidad. La inmensa mayoría (97%-99%) de las condenas en los tribunales de adultos y menores son el resultado de acuerdos sobre declaraciones de culpabilidad.⁶ Se estima que cada dos segundos un acusado se declara culpable.⁷ Esta fuerte tendencia a las declaraciones de culpabilidad ha provocado controversias, incluso que los acusados que exigen su derecho constitucional a tener un juicio son penalizados, que se evitan las garantías de la justicia penal en aras de la conveniencia, y que los acusados inocentes son inducidos a declararse culpables a cambio de tratos extremadamente benévolos.⁸ Por lo tanto, no deja de sorprender que este método casi exclusivo y controversial de condenas sólo haya sido objeto de escaso interés de investigación. Como argumentan convincentemente Drizin y Luloff, el problema de los menores acusados inocentes que se declaran culpables en el sistema de justicia juvenil puede ser aún mayor que en el sistema adulto.⁹ Al considerar si los menores se encuentran en mayor situación de riesgo de dar falsas declaraciones de culpabilidad en comparación con los adultos, es importante considerar si hay mayor probabilidad de que los menores se declaren culpables de delitos que realmente cometieron. Por tanto, primero revisaré la bibliografía relevante sobre la capacidad de los jóvenes de comprender y apreciar la decisión de declararse culpables, y sobre los factores determinantes que afectan la toma de decisiones y razonar sobre la declaración de culpabilidad.

Menores y declaraciones de culpabilidad

Todos los días, cientos de acusados menores y adultos deben decidir si declararse culpables.¹⁰ Presuntamente, esta decisión se basa en numerosos factores, incluso su comprensión de la ley, la solidez percibida de la evidencia en su contra, la probabilidad de condena en juicio, el valor de la oferta al declararse culpable (la diferencia entre la sentencia en el caso de ser condenado en juicio

y la sentencia ante la declaración de culpabilidad propuesta), el asesoramiento y la efectividad percibida de los asesores legales, las percepciones de la justicia procesal, etc.¹¹ Las teorías clásicas sobre la toma de decisiones, incluso la elección racional¹² y la utilidad prevista,¹³ indican que la decisión de declararse culpable es impulsada por la maximización de los beneficios y la reducción de los costos.¹⁴ Sin embargo, la investigación demuestra que sobre estas decisiones influyen otros factores, además de las consideraciones del valor de declararse culpable y la probabilidad de la condena. Por ejemplo, es sabido que ciertas características demográficas (raza, etnia, género) y penales (cantidad de condenas previas) afectan la disposición a favor de declararse culpable.¹⁵

Si bien no hay gran cantidad de investigación directa, también se halló que la edad (estado de menor versus adulto) influye sobre las decisiones de declararse culpable.¹⁶ Grisso y colaboradores examinaron la disposición de más de mil menores y adultos en la comunidad e involucrados en acciones judiciales (los más jóvenes de entre once y trece años; los mayores de entre dieciocho y veinticuatro años) de aceptar una hipotética oferta de declaración de culpabilidad (cuando eran culpables), y hallaron que la disposición de declararse culpables disminuía a medida que aumentaba la edad.¹⁷ Ya sea que la persona estuviera en la comunidad o involucrada en una acción judicial no impactaba en las decisiones.¹⁸ Alrededor del 70%-74% de los menores de once a quince años aceptaban la oferta de declararse culpables, en comparación con el 50% de los adultos, lo cual se atribuye en parte al sentido de cumplimiento con la autoridad.¹⁹ Grisso y colaboradores también descubrieron que, al tomar la decisión de declararse culpables, los menores centraban la atención en la duración asociada con la declaración (dos versus seis años), mientras que el razonamiento de los adultos reflejaba los intentos de ponderar las probabilidades (dos versus seis años, versus la posibilidad de cero).²⁰

No obstante, los estudios no siempre establecieron que la edad se asociara con decisiones de declararse culpable, aunque dichas asociaciones pueden depender del tipo de delito y la solidez de la evidencia.²¹ Viljoen y colaboradores observaron que las variaciones del conocimiento legal influían sobre las decisiones de declaración de culpabilidad: era más probable que los menores detenidos con menor conocimiento manifestaran su inseguridad sobre cómo declarar, respecto de los que tenían más conocimiento.²² Por lo tanto, aunque preliminar, la presente investigación avala la relación de sentido común que puede existir entre el conocimiento y la apreciación de declararse culpable, y la disposición a declararse culpable.²³ Una bibliografía cada vez más abundante demuestra que, en comparación con los adultos, los menores de hasta quin-

ce años presentan déficits en su comprensión y conocimiento legal, y en sus capacidades para tomar decisiones.²⁴ Estos déficits se han demostrado para la comprensión de los derechos *Miranda* y otras cuestiones relacionadas con el interrogatorio,²⁵ el tribunal competente,²⁶ la terminología legal,²⁷ y el adoptar decisiones legales.²⁸

Se requiere que la decisión de declararse culpable sea adoptada con conocimiento, en forma inteligente y voluntaria.²⁹ Los principales métodos para determinarlo son los alegatos orales de declaración de culpabilidad (o indagatoria sobre declaración de culpabilidad) y los formularios escritos de propuesta por declaración de culpabilidad. Por lo general, los alegatos de declaración de culpabilidad consisten de una serie de preguntas que hace el juez al acusado, a fin de determinar si se hicieron promesas, además de la propuesta por declaración de culpabilidad (voluntaria), si el acusado comprende los derechos legales cedidos y las posibles consecuencias asociadas con la declaración de culpabilidad (con conocimiento e inteligencia), y si el acusado está incapacitado (por medicación, embriaguez).³⁰ También se solicita a algunos acusados que declaren sobre los detalles del delito, esencialmente entregando sus confesiones en el tribunal.³¹

Es escasa la investigación conducida sobre estas materias de declaración de culpabilidad, a pesar de su amplio uso a diario. En cambio, la competencia adjudicativa ha sido objeto de una significativa cantidad de investigación.³² En *Godinez v. Moran*, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó explícitamente el concepto de que la competencia para comparecer en juicio y la capacidad para declararse culpable requirieran distintos estándares.³³ Sin embargo, al mismo tiempo, la Corte reconoció que las declaraciones de culpabilidad requerían adicionalmente la determinación de ser una decisión con conocimiento y voluntaria, además de con competencia. El Juez Thomas declaró, en la opinión de la mayoría:

El foco de una indagatoria de competencia es la capacidad mental del acusado; la cuestión es si tiene la capacidad para comprender el proceso. En cambio, el objeto de la indagatoria sobre "conocimiento y voluntariedad" es determinar si el acusado realmente entiende el significado y las consecuencias de una decisión en particular...³⁴

De hecho, hay importantes diferencias entre la competencia adjudicativa y las declaraciones de culpabilidad válidas. Los conceptos de alegatos/formularios por declaración de culpabilidad tienden a ser mucho más específicos que los conceptos en la competencia. La competencia adjudicativa se refiere a un con-

junto general de capacidades relacionadas con la toma de decisiones legales y el conocimiento, el pensamiento racional, la comprensión y la apreciación.³⁵ En *Godinez*, la Corte destacó que la competencia tiene una “meta modesta: Busca asegurar que [el acusado] tiene la capacidad para entender el proceso y asistir al abogado”.³⁶ Los formularios y el alegato por la declaración de culpabilidad van un paso más allá, al intentar asegurar que el acusado, del que se presume o determina que tiene capacidad para tomar una decisión competente, de hecho toma una decisión informada y voluntaria.

Según mi conocimiento, solo un estudio ha analizado si los menores comprenden y aprecian los alegatos por declaración de culpabilidad y los formularios de propuesta por declaración de culpabilidad. Kaban y Quinlan interrogaron a noventa y nueve menores, objeto de acciones judiciales, sobre su comprensión de treinta y seis palabras usadas en el formulario de propuesta por declaración de culpabilidad y los alegatos de los tribunales de menores en Massachusetts.³⁷ Los menores tenían entre nueve y diecisiete años, y se dividieron en un grupo de sesenta y nueve menores sin instrucción y un grupo de veintinueve menores con instrucción.³⁸ Los resultados fueron notables. En promedio, los miembros del grupo sin instrucción solo definieron correctamente dos de treinta y seis palabras, y los miembros del grupo con instrucción, solo cinco palabras correctamente.³⁹ Kaban y Quinlan proporcionaron ejemplos de respuestas incorrectas, tales como “presunción de inocencia” definida como “si tu asesor legal siente que no lo hiciste” (quince años de edad) y “disposición” definida repetidamente como “mala posición” (dieciséis años).⁴⁰ En consecuencia, incluso con instrucción, algunos menores (e incluso quizás algunos adultos) pueden no tener suficiente conocimiento de los elementos relevantes de la declaración de culpabilidad.

Es improbable que los resultados del estudio de Kaban y Quinlan solo se apliquen a menores en Massachusetts. Tal como se halló con otros documentos legales (por ejemplo las advertencias *Miranda*),⁴¹ la capacidad de comprensión de los elementos de la declaración de culpabilidad excede la aptitud de la mayoría de los acusados. En una investigación preliminar, Redlich y Norris hallaron que los formularios de propuesta por declaración de culpabilidad a nivel estatal para acusados adultos tenían un nivel de grado de lectura promedio de 8,6 (rango = grados 4,9 a 11,9), mientras que los formularios a nivel estatal específicos para menores tenían un nivel de lectura promedio aun mayor de grado 10,0 (rango = 6,4 a 14,8).⁴² Un ejemplo particularmente atroz es el Formulario Unificado del Sistema Judicial C-44A del estado de Alabama, titulado “Explicación de los derechos del delincuente juvenil y de la declaración de

culpabilidad”.⁴³ Se halló que este formulario tiene un valor de Facilidad de Lectura Flesch de 46 (los valores de 60-70 son de “fácil comprensión por menores de 13-15 años”; los valores inferiores indican mayor dificultad), y un valor de Nivel de Grado Flesch-Kinkaid de 14,7 (es decir, nivel universitario básico).⁴⁴ El siguiente es un pasaje de muestra proveniente de este formulario de propuesta por declaración de culpabilidad para menores:

*Si presentas una declaración de culpabilidad, renuncias a tu derecho de apelación, a menos que 1) antes de presentar la declaración de culpabilidad, te hayas reservado expresamente el derecho de apelar respecto de un tema o temas en particular, en cuyo caso la revisión de apelación estará limitada a decidir sobre el tema o temas reservados, o 2) oportunamente hayas presentado una moción para retirar la declaración de culpabilidad después de pronunciarse la sentencia, sobre la base de que dicho retiro es necesario para corregir una injusticia manifiesta, y el tribunal ha denegado tu moción de retirar la declaración de culpabilidad, o la moción se ha considerado denegada de pleno derecho.*⁴⁵

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Alfabetización de Adultos, el nivel de lectura del 70% de los reclusos era de sexto grado o inferior.⁴⁶ Además, el 41% de los adultos encarcelados no había completado la escuela secundaria, comparado con el 18% de la población general,⁴⁷ y se estima que el 20%-70% de los jóvenes en establecimientos de detención tienen discapacidades de aprendizaje, comparado con el 5% de la población general.⁴⁸ Además del deterioro intelectual, hay una probabilidad significativamente mayor de presencia de deterioros mentales, que como es sabido dificultan la comprensión legal, entre los delincuentes adultos y menores, respecto de la población general.⁴⁹

Aunque legalmente la decisión de declararse culpable es, en última instancia, del acusado,⁵⁰ cabe preguntarse si los menores acusados toman decisiones en forma autónoma. ¿Hasta qué grado los menores deben comprender estos documentos por sí mismos? ¿Los padres y asesores legales aconsejan a los menores acusados?, y si hay asesoramiento, ¿es efectivo? Hay varias razones para especular que el asesoramiento es inexistente, limitado o está basado en un conocimiento incorrecto. Primero, a menudo los padres no tienen el conocimiento requerido para proporcionar “buenos” consejos, e incluso es posible que ellos tampoco comprendan el lenguaje legal.⁵¹ Segundo, si bien ciertamente los asesores legales estarán más informados que los padres, un estudio efectuado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos halló que, en ciertas jurisdicciones, hasta el 80% a 90% de los menores renuncia a su derecho de asesoramiento legal y se presentan ante el tribunal sin la presencia

de asesores.⁵² En consecuencia, muchos menores pueden tomar decisiones sobre declaraciones de culpabilidad sin el beneficio de un abogado.⁵³ Tercero, aún si están presentes, se ha descrito a la representación judicial de menores como deplorablemente inadecuada.⁵⁴ A menudo los asesores legales de menores (así como en los tribunales penales de adultos) tienen carteras de casos muy cargadas y se reúnen por primera vez con sus clientes el día de la audiencia dispositiva.⁵⁵ Drizin y Luloff manifiestan problemas tales como “escasa investigación, infrecuente uso de mociones, elevada carga de casos, excesiva dependencia de declaraciones de culpabilidad, una cultura de tribunales de menores que desea “ayudar” a los menores, y una falta general de capacitación entre los asesores legales de jóvenes y adolescentes”.⁵⁶ Por último, incluso con la asistencia de un asesoramiento efectivo, es cuestionable si los menores realmente comprenden y participan en sus casos, y siguen el consejo o escuchan a sus abogados. Un pequeño estudio piloto de menores acusados y sus asesores legales,⁵⁷ arribó a la conclusión de que casi todos los jóvenes se veían “demasiado aquiescentes, pasivos o ingenuos –comparados con la mayoría de los adultos– en su abordaje de decisiones sobre la declaración de culpabilidad”.⁵⁸ De igual manera, en un estudio sobre la apreciación de la relación abogado-cliente por parte de detenidos menores y adultos, se observó mayor probabilidad de que los menores, respecto de los adultos, sugirieran no hablar con sus asesores legales y recomendaran negar la participación en el delito, y menor probabilidad de que recomendaran tener una honesta comunicación con el asesor legal.⁵⁹

En suma, las declaraciones de culpabilidad comprenden la mayor parte de las condenas penales para acusados menores y adultos.⁶⁰ Los mecanismos disponibles –alegatos por declaraciones de culpabilidad y formularios de propuesta por declaraciones de culpabilidad– para asegurar una toma de decisiones con conocimiento, inteligente y voluntaria, pueden no ser garantía individual suficiente, debido a problemas de capacidad de comprensión y de contenido.⁶¹ Algunos, pero no todos los estudios realizados indican la mayor probabilidad de que los menores, especialmente los más pequeños, se declaren culpables, respecto de los adultos.⁶² Sin embargo, gran parte, sino toda la investigación sobre la capacidad de los menores para comprender con sentido y participar de las situaciones legales han tenido lugar dentro de un marco de presunción de culpabilidad.⁶³ Es decir, los estudios tienden a emplear metodologías en las que se pregunta a los menores lo que harían o hicieron, cuando son culpables.⁶⁴ Aún persiste el interrogante de si los individuos jóvenes inocentes

también demuestran mayor probabilidad de declarar su culpabilidad que los individuos inocentes de mayor edad.

Menores y falsas admisiones

Sin duda existen declaraciones de culpabilidad por delitos no cometidos, o falsas declaraciones de culpabilidad,⁶⁵ pero no han sido bien estudiadas. De los escasos estudios conducidos, queda claro que es mucho menos probable que (adultos) acusados simulados inocentes se declaren culpables, que los acusados simulados culpables,⁶⁶ pero aún así, en experimentos de laboratorio, hasta un 50% de inocentes han sido inducidos a declararse culpables.⁶⁷ Con frecuencia, se citan los tratos e incentivos asociados con declarar la culpabilidad (por ejemplo salir de prisión) como razones subyacentes a las falsas declaraciones de culpabilidad.⁶⁸

En esencia, las falsas declaraciones de culpabilidad son falsas confesiones, aunque hay diferencias importantes.⁶⁹ Uno de los factores de riesgo primarios de las falsas confesiones inducidas por la policía, es la juventud.⁷⁰ Los menores están representados en exceso en los casos probados de falsa confesión; por lo general representan alrededor de un tercio de las muestras.⁷¹ Para comprender por qué los menores son susceptibles a las falsas confesiones por coacción (en oposición a las voluntarias), es importante conocer el interrogatorio policial moderno. En breve, los métodos de interrogatorio en los Estados Unidos están tipificados en acusación, confrontación, aislamiento y manipulación psicológica.⁷² No se realizan interrogatorios formales hasta que la policía posea certeza razonable de la culpabilidad del sospechoso, por lo que por definición los interrogatorios implican presunción de culpa. En un reciente trabajo científico consensuado, Kassin y colaboradores analizaron tres aspectos situacionales de los interrogatorios, que son comunes a estas afirmaciones: 1) detención física y aislamiento: interrogatorios conducidos en ausencia de apoyo social durante periodos prolongados; 2) presentación de evidencias falsas: mentir a los sospechosos sobre evidencias inexistentes en su contra; y 3) minimización: escenarios generados por la policía que sirven para minimizar la gravedad del crimen y/o la culpabilidad del sospechoso, por lo que se hace más fácil confesar.⁷³

Las evidencias convergentes indican que los adultos y los menores son interrogados con las mismas tácticas.⁷⁴ En los Estados Unidos, las técnicas de interrogación no son evolutivamente informadas ni adecuadas. Cuando se emplean estas técnicas inadecuadas con menores que se encuentran en etapas variables de madurez del desarrollo cognitivo, social, emocional y neurológico,

y que son erróneamente juzgados culpables, el riesgo de falsas confesiones aumenta.⁷⁵

Debido a la mayor susceptibilidad de falsas confesiones,⁷⁶ se podría suponer que la edad y la probabilidad de falsas declaraciones de culpabilidad, también presentan una relación inversa.⁷⁷ Muchos rasgos de la adolescencia, por ejemplo un sentido acortado del futuro, la impulsividad y otras características de la juventud que contribuyen a explicar por qué los menores dan confesiones falsas a la policía, también están presentes en los menores que deciden sobre la declaración de culpabilidad.⁷⁸ Las limitadas ofertas únicas por declaraciones de culpabilidad, la autoridad de los acusadores y otras tácticas de influencia social para obtener el cumplimiento,⁷⁹ que pueden aparecer en las negociaciones por declaración de culpabilidad, también pueden ser más efectivas con los menores, respecto de los adultos.⁸⁰ Además, el cuerpo de conocimiento revisado con anterioridad –los déficits en los jóvenes sobre conocimiento y comprensión legal, voluntad y capacidades relacionadas con la participación en su propia defensa, la fuerte dependencia de declaraciones de culpabilidad en los tribunales de menores, la ineficaz representación de menores y el incremento de probabilidad de declaraciones de culpabilidad de los culpables, comparado con los adultos– avalan el concepto de que quizás también es más probable que los menores inocentes se declaren falsamente culpables respecto de los adultos inocentes.

No obstante, también hay razones que avalan la hipótesis alternativa, es decir, que es menos probable que los menores más jóvenes se declaren culpables, siendo inocentes, que los menores de más edad y los adultos. Algunas características de la juventud pueden servir para reducir el riesgo de las falsas declaraciones de culpabilidad en lugar de aumentarlas. Por ejemplo, la propensión de los jóvenes a buscar el riesgo⁸¹ y a arriesgarse⁸² puede plantear una relación negativa con las falsas declaraciones de culpabilidad. Es incuestionable que los acusados que eligen ir a juicio en lugar de declararse culpables aceptan un riesgo. Hay numerosas investigaciones sobre la denominada “penalidad por juicio”, es decir, que los acusados condenados en juicio reciben penas más severas (en términos de longitud de sentencia, consecuencias accesorias, etc.) en comparación con los condenados después de la declaración de culpabilidad.⁸³ Y cabe destacar que alrededor del 85% de los acusados son condenados en el juicio.⁸⁴ Cuando enfrentan sentencias severas y hay alta probabilidad de condena en el juicio, muchos abogados recomiendan a sus clientes considerar una oferta de declaración de culpabilidad.⁸⁵ Sin embargo, algunos menores no aprecian estos riesgos (debido a déficits de competencia

e inmadurez global) y pueden insistir en ir a juicio.⁸⁶ Esta perspectiva se resume bien en un artículo titulado, “*I Ain’t Taking no Plea*”: *The Challenges in Counseling Young People Facing Serious Time* [“No me declaro culpable”: los desafíos de asesorar a jóvenes que enfrentan sentencias prolongadas].⁸⁷

También hay evidencia a favor de que los acusados inocentes estén más dispuestos a aceptar el riesgo de un juicio. Por ejemplo, dentro de las muestras no universales de individuos condenados erróneamente, las declaraciones de culpabilidad representan solo del 5% al 11%,⁸⁸ índices que son notablemente más bajos que los índices de declaraciones de culpabilidad en general, o incluso por homicidio y violación, específicamente.⁸⁹ Además, en cuatro estudios, Tor, Gazal-Ayal y Garcia hallaron que los estudiantes del ciclo básico universitario y de leyes a quienes se les pidió que imaginaran ser inocentes de un delito ficticio, demostraron un incremento en la búsqueda de riesgo por estar dispuestos a tomar la chance en un juicio y no aceptar la declaración de culpabilidad, respecto de aquellos a quienes se les pidió que imaginaran que eran culpables (excepto cuando la probabilidad de condena era alta, del 95%, los participantes inocentes y culpables mostraron neutralidad frente al riesgo, e índices de aceptación de la declaración de culpabilidad comparables).⁹⁰ Tor y colaboradores razonaron que los inocentes prefieren el riesgo porque perciben que la elección entre declararse culpables y el juicio (dos resultados negativos) es sustancialmente injusta.⁹¹ Dado que, como grupo, los menores se caracterizan por buscar el riesgo,⁹² y quizás porque es menos probable que aprecien que la vida no siempre es justa, es posible que sea menos probable que los menores inocentes (en particular los más jóvenes) acepten ofertas por declaración de culpabilidad en comparación con menores culpables y con adultos inocentes o culpables.

Otro rasgo de los menores que puede servir para reducir el riesgo de falsas declaraciones de culpabilidad se refiere a las etapas de razonamiento moral. En algunos estudios se halló mayor probabilidad de que los menores respecto de los adultos se refieran a la culpabilidad real de una persona como causa para declararse culpable.⁹³ Por lo tanto, si los jóvenes son inocentes, pueden rehusarse a la declaración de culpabilidad sobre la base de razones morales; es decir, sólo los culpables deberían declararlo. Esta negativa moral puede tornarse problemática cuando el rechazo de la declaración de culpabilidad no es el mejor planteo de la acción. Los déficits evolutivos limitan la capacidad de los jóvenes, primero para apreciar lo que cubre mejor sus intereses, y segundo para actuar en su mejor interés.

Si bien no es lo ideal, la falsa declaración de culpabilidad puede ser interpretada como en el mejor interés propio. Cuando los acusados inocentes deciden si declararse culpables o no, a menudo se enfrentan con una opción de Hobson: declararse culpable y (muchas veces) salir de prisión e irse a su casa, o mantener la inocencia, permanecer en prisión, y arriesgar un destino mucho más duro en el juicio. Tal como argumenta Bowers, los beneficios de declarar culpabilidad (al estilo de la penalidad por juicio) no deberían negarse a los inocentes y acusados erróneamente.⁹⁴ En cambio, las falsas confesiones a la policía casi nunca son en el mejor interés propio.⁹⁵ Si bien algunas falsas confesiones son reconocidas como tales antes de seguir adelante con el proceso judicial penal, muchas no lo son, con el consiguiente resultado de prisiones y condenas erróneas.⁹⁶ Las retractaciones de (falsas) confesiones rara vez son reconocidas, e incluso pueden servir para generar castigos más duros (desde el momento en que la persona primero parece aceptar la responsabilidad por el delito, y luego se retracta). Además, dado que la evidencia de la confesión tiene muy alto valor para los miembros del jurado,⁹⁷ las falsas confesiones pueden servir para incrementar los índices de falsas declaraciones de culpabilidad (por cuanto se genera la probabilidad de una condena por el juicio). Dado que los menores como cohorte tienen menor capacidad que los adultos para reconocer y actuar en su mejor interés (y es menos probable que acepten los consejos del asesor experimentado), es menos probable que los menores se declaren culpables cuando hacerlo va en su mejor interés.⁹⁸ En el momento de tomar la decisión sobre la declaración de culpabilidad, el hecho de que uno sea inocente o culpable parece ser menos importante que la realidad de lo que probablemente hagan los miembros del jurado en el juicio.

Por último, puede ser prematuro generalizar desde el riesgo de falsas confesiones de los menores a la policía a las falsas declaraciones de culpabilidad. Aunque las investigaciones han establecido que los menores erróneamente considerados culpables están en situación de riesgo de hacer falsas confesiones en el contexto de los interrogatorios de la policía,⁹⁹ las investigaciones también han sugerido que el riesgo incrementa debido a la *combinación* de los factores de disposición (es decir, la corta edad) y los factores de situación (es decir, interrogatorios excesivamente largos y técnicas de interrogación inadecuadas).¹⁰⁰ Hay notables diferencias entre los interrogatorios (en particular los que producen falsas confesiones) y las negociaciones sobre la declaración de culpabilidad. Por ejemplo, cabe preguntarse si las negociaciones por la declaración de culpabilidad son provocadas por el aislamiento, la coacción y el sesgo de confirmación tan comúnmente presente en los casos probados

de falsas confesiones.¹⁰¹ Sin embargo, si bien algunos menores acusados que deben decidir sobre cómo declararse pueden estar aislados, en cuanto a no contar con la guía de sus padres o incluso de un asesor legal, el aislamiento en la sala de interrogatorio es una práctica estándar, una herramienta intencional de los interrogadores que pretenden obtener la confesión. El aislamiento de los acusados, a fin de obtener acuerdos sobre la declaración de culpabilidad no parece ser un objetivo de los acusadores (a menos no de los éticos). Por otra parte, a menudo las falsas confesiones se dan en un contexto de aislamiento prolongado, poco probable en las negociaciones por declaración de culpabilidad, incluso cuando los acusados inocentes han sido erróneamente acusados. Además, aunque es muy probable que las estrategias para la declaración de culpabilidad sean psicológicamente manipuladoras, es menos obvio si son coactivas, como lo son muy a menudo las tácticas de interrogatorio que producen falsas confesiones inducidas por la policía. En estos últimos casos, los interrogadores, seguros de la culpabilidad del sospechoso, se rehúsan a aceptar negativas; el interrogatorio continúa hasta que el sospechoso en su fuero interno comprende que la única forma de salir es ofrecer falsas admisiones.¹⁰² ¿Los acusadores insistirán en las declaraciones de culpabilidad sin ceder hasta que los acusados las acepten? Sospecho que la respuesta es “no.” Probablemente, las percepciones y certezas de culpabilidad por parte de los acusadores se correlacionan con sus percepciones sobre el éxito del juicio, por lo que los acusadores que tienen firme evidencia de culpabilidad tendrán menos necesidad de insistir en las declaraciones de culpabilidad.

Resumen y conclusiones

La bibliografía científica sobre las declaraciones de culpabilidad no es extensa, lo cual es notable, dado que la mayoría de las condenas son el resultado de las mismas. En el presente artículo, intenté revisar las investigaciones relevantes para la toma de decisiones sobre la declaración de culpabilidad por parte de los menores, analizando la probable comprensión de lo esencial de la declaración por los menores acusados, además del razonamiento subyacente a las decisiones de declararse culpables. También comparé el riesgo conocido de los menores para entregar confesiones falsas, respecto del riesgo desconocido por las falsas declaraciones de culpabilidad.

Mi objetivo *no* era demostrar que los menores no son susceptibles a las falsas declaraciones de culpabilidad. De hecho, creo que hay buenas razones para sospechar que lo son; ciertas características de la adolescencia, tales como la

impulsividad y la incapacidad para considerar las consecuencias a largo plazo, que colocan a los menores en situación de riesgo de dar falsas confesiones a la policía, también los coloca en situación de riesgo de dar falsas confesiones a los acusadores.¹⁰³ Además, los incentivos que definen las negociaciones por declaración de culpabilidad pueden ser igualmente tentadores para los culpables o inocentes, con independencia de la edad. Mi objetivo fue más bien plantear la interrogante de si los menores, comparados con los adultos, son más vulnerables a las falsas declaraciones de culpabilidad y examinar con imparcialidad la evidencia de ambos lados. En mi estimación, la pregunta no ha sido objeto de estudios empíricos, y simplemente aún no sabemos si hay más probabilidad de que los menores se declaren culpables falsamente respecto de los adultos. A medida que los científicos y los expertos legales continúen estudiando más sobre los quiénes, qué, dónde, cuándo y por qué de las condenas erróneas, la prevalencia y las razones de las falsas declaraciones de culpabilidad requerirán más atención.

Notas

1. Ver Innocence Project, <http://www.innocenceproject.org> (último ingreso 27 de agosto de 2010) (identifica diversos casos de exoneración de personas condenadas por error).
2. Ver Steven A. Drizin & Greg Luloff, *Are Juvenile Courts a Breeding Ground for Wrongful Convictions?*, 34 N. KY. L. REV. 257, 257-62 (2007).
3. Ver Saul M. Kassin et al., *Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations*, 34 LAW & HUM. BEHAV. 3, 5 (2010); Jessica Owens-Kostelnik et al., *Testimony and Interrogation of Minors: Assumptions About Maturity and Morality*, 61 AM. PSYCHOL. 286, 296-97 (2006).
4. Ver Kassin, *supra* nota 3, en 3-4. Ver en general *Police Interrogations And False Confessions: Current Research, Practice, And Policy Recommendations* (G. Daniel Lassiter & Christian A. Meissner ed., 2010) (detalla estudios científicos y hallazgos sobre los componentes psicológicos y fisiológicos de las falsas confesiones); Richard A. Leo, *Police Interrogation And American Justice* (2008) (usa la observación directa para analizar las prácticas de interrogación de la policía de los Estados Unidos).
5. Ver Samuel R. Gross et al., *Exonerations in the United States: 1989 through 2003*, 95 J. CRIM. L. & Criminology 523, 542-46, 551-53 (2005); Allison D. Redlich, *False Confessions, False Guilty Pleas: Similarities and Differences*,

- en Police Interrogations And False Confessions: Current Research, Practice And Policy 49, 60 (G. Daniel Lassiter & Christian A. Meissner eds., 2010); Allison D. Redlich et al., Self-Reported Confessions and False Guilty Pleas Among Offenders with Mental Illness, 34 LAW & HUM. BEHAV. 79, 80-81, 87-88 (2010) (cada uno analiza el aumento de falsas declaraciones de culpabilidad y falsas confesiones).
6. U.S. Dep't Of Justice, Bureau Of Justice Statistics, Felony Defendants In Large Urban Counties, 2004 3 (2008), disponible en <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/fdluc04.pdf>; Barbara Kaban & Judith C. Quinlan, Rethinking a "Knowing, Intelligent, and Voluntary Waiver" in Massachusetts' Juvenile Courts, 5 J. CTR. FAM., CHILD., & CTS. 35, 37 (2004).
 7. Timothy Lynch, The Case Against Plea Bargaining, regulation, Fall 2003, 24, 24.
 8. Ver Stephanos Bibas, Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial, 117 HARV. L. REV. 2463, 2464-69 (2004); Oren Gazal-Ayal, Partial Ban on Plea Bargains, CARDOZO L. REV. 2295, 2297-99 (2006).
 9. Drizin & Luloff, supra nota 2, en 257-62.
 10. George Fisher, Plea Bargainings Triumph: A History Of Plea Bargaining In America, 223-27 (2003).
 11. Ver Drizin & Luloff, supra nota 2, at 257-62.
 12. Ver John Scott, Rational Choice Theory, en UNDERSTANDING CONTEMPORARY SOCIETY: THEORIES OF THE PRESENT 126-28 (Gary Browning, Abigail Halcli & Frank Webster ed., 2000) (explica que las personas "calculan los costos y beneficios probables de cualquier acción antes de decidir qué hacer").
 13. Ver Phillippe Mongin, Expected Utility Theory, en Handbook Of Economic Methodology 17 (John B. Davis et al., eds., 1997) (explica que las personas eligen "por comparación de sus valores de utilidad pretendidos, [o] las sumas ponderadas obtenidas al sumar los valores de utilidad de los resultados, multiplicados por sus respectivas probabilidades").
 14. Ver William M. Landes, An Economic Analysis of the Courts, 14 J.L. & ECON. 61, 61-62 (1971); Douglas A. Smith, The Plea Bargaining Controversy, 77 J. CRIM. L. & Criminology 949, 950-51 (1986); David L. Weimer, Plea Bargaining and the Decision to Go to Trial: The Application of a Rational Choice Model, 10 POL'Y SCI. 1, 3-4 (1978) (presenta modelos económicos

y datos empíricos para prever factores en los acusados, declaraciones, decisiones de negociación, incluso la maximización de utilidades y la probabilidad de una condena).

15. Jeremy D. Ball, Is it a Prosecutor's World?: Determinants of Count Bargaining Decisions, 22 J. Contemp. Crim. Just. 241, 242-43 (2006); Erika D. Frenzel & Jeremy D. Ball, Effects of Individual Characteristics on Plea Negotiations under Sentencing Guidelines, 5 J. Ethnicity Crim. JUST. 59, 65-68 (2007); Smith, supra nota 14, en 950, 958.
16. Ver, p.ej., Thomas Grisso et al., Juveniles' Competence to Stand Trial: A Comparison of Adolescents' and Adults' Capacities as Trial Defendants, 27 LAW & HUM. BEHAV. 333, 356-57 (2003).
17. Id. en 337-38, 357.
18. Id. en 356.
19. Id. en 351.
20. Id. en 357-58.
21. See michele peterson-badali & rona abramovitch, grade related changes in young people's reasoning about plea decisions, 17 law & hum. Behav. 537, 537-41 (2006); Jodi I. Viljoen et al., Legal decisions of preadolescent and adolescent defendants: predictors of confessions, pleas, communication with attorneys, and appeals, 29 law & human behav. 253, 271 (2005).
22. Viljoen, supra nota 21, en 264.
23. Id. en 270-72.
24. Id.
25. Id. en 271; Thomas Grisso, Juveniles' Waiver Of Rights: Legal And Psychological Competence 59-93 (1981).
26. Ver Grisso, supra nota 16, en 333; Allison D. Redlich et al., Preadjudicative and Adjudicative Competence in Juveniles and Young Adults, 21 BEHAV. SCI. & L. 393, 396, 403-08 (2003).
27. Ver Kaban & Quinlan, supra nota 6, en 48; Karen Saywitz et al., Children's Knowledge of Legal Terminology, 14 LAW & HUM. BEHAV. 523, 531-34 (1990).
28. Ver Grisso, supra nota 16, en 353-56; Melinda G. Schmidt et al., Effectiveness of Participation as a Defendant: The Attorney-Juvenile Client Relationship, 21 BEHAV. SCI. & L. 175, 186-87 93 (2003); Lacey Cole Singleton, Say "Pleas":

- Juveniles' Competence to Enter Plea Agreements, 9 J. LAW & FAM. STUD. 439, 443-44 (2007).
29. AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE PLEAS OF GUILTY 2-4 (3d ed. 1999).
 30. Id. en 35-41, 61-62.
 31. Id. en 64-70; Redlich, False Confessions, False Guilty Pleas: Similarities and Differences, supra nota 5, en 59; Singelton, supra nota 28, en 447-50.
 32. Ver en general Grisso, supra nota 16; Norman Poythress et al., The Competence- Related Abilities of Adolescent Defendants in Criminal Court, 30 LAW & HUM. BEHAV. 75 (2006); Patricia A. Zapf et al., Competency: Past, Present, and Future, en TAKING PSYCHOLOGY AND LAW INTO THE TWENTY-FIRST CENTURY 171 (J.R.P. Ogloff ed., 2002).
 33. 509 U.S. 389, 397 (1993).
 34. Id. en 401 n.12 (citas internas omitidas).
 35. Richard J. Bonnie, The Competence of Criminal Defendants: A Theoretical Reformulation, 10 BEHAV. SCI. & L. 291 (1992).
 36. Godinez, 509 U.S. at 402.
 37. Kaban & Quinlan, supra nota 6, en 39.
 38. Id. en 40-41.
 39. Id. en 42.
 40. Id. en 45.
 41. Ver en general Richard Rogers et al., An Analysis of Miranda Warnings and Waivers: Comprehension and Coverage, 31 LAW & HUM. BEHAV. 177 (2007).
 42. Allison Redlich, Address at the Rutgers Law Review Symposium: Righting the Wronged: Causes, Effects, and Remedies of Juvenile Wrongful Conviction (Apr. 9, 2010) (presenta los resultados de la investigación conducida por Redlich y Norris).
 43. ALA. ADMIN. OFFICE OF COURTS: ALA. UJS FORMS, FORM C-44A, EXPLANATION OF RIGHTS OF YOUTHFUL OFFENDER AND PLEA OF GUILTY (Revised June 2007), disponible en <http://eforms.alacourt.gov/displayall.aspx> (sigue "Criminal" hyperlink; luego sigue "Explanation of Rights of Youthful Offender and Plea of Guilty" hyperlink).

44. Redlich, *supra* nota 42.
45. FORM C-44A, *supra* nota 43.
46. KARL O. HAIGLER ET AL., NATIONAL CENTER FOR EDUCATION STATISTICS, LITERACYBEHIND PRISON WALLS: PROFILES OF THE PRISON POPULATION FROM THE NATIONAL ADULT LITERACY SURVEY 20-23 (1994).
47. CAROLINE W. HARLOW, BUREAU OF JUST STATISTICS, EDUCATION AND CORRECTIONAL POPULATIONS 1 (2003).
48. Malika Closson & Kenneth M. Rogers, Educational Needs of Youth in the Juvenile Justice System, en THE MENTAL HEALTHNEEDS OF YOUNG OFFENDERS: FORGING PATHS TOWARD REINTEGRATION AND REHABILITATION 229, 233-34 (2007).
49. Ver H. Richard Lamb & Linda E. Weinberger, Persons With Severe Mental Illness in Jails and Prisons: A Review, 49 PSYCHIATRIC SERVICES 483, 483-84 (1998); Allison D. Redlich, Double Jeopardy in the Interrogation Room for Youths with Mental Illness, 62 AM. PSYCHOLOGIST 609, 610 (2007).
50. Robert E. Shepherd, Jr., Plea Bargaining in Juvenile Court, 23 CRIM. JUST. 61, 61 (2008).
51. Ver p.ej., Jennifer L. Woolard et al., Examining Adolescents' and their Parents' Conceptual and Practical Knowledge of Police Interrogation: A Family Dyad Approach, 37 J. YOUTH & ADOLESCENCE 685, 695-96 (2008).
52. Judith B. Jones, Access to Counsel, JUV. JUST. BULL. (U.S. Dep't of Justice, Washington, D.C.), Junio de 2004, en 1-2.
53. Drizin & Luloff, *supra* nota 2, en 284-86.
54. Drizin & Luloff, *supra* nota 2, en 289; Joshua A. Tepfer et al., Arresting Development: Convictions of Innocent Youth, 62 RUTGERS L. REV. 887, 911-12 (2010).
55. Jones, *supra* nota 52, en 6; Kaban & Quinlan, *supra* nota 6, en 38.
56. Drizin & Luloff, *supra* nota 2, en 289.
57. Ann Tobey et al., Youths' Trial Participation as Seen by Youths and Their Attorneys: An Exploration of Competence-Based Issues, en YOUTH ON

- TRIAL: A DEVELOPMENTAL PERSPECTIVE ON JUVENILE JUSTICE 225, 225-26 (Thomas Grisso & Robert G. Schwartz eds., 2000).
58. Id. en 240.
 59. Schmidt, *supra* nota 28, en 191.
 60. Ver *supra* texto que acompaña a la nota 6.
 61. Ver *supra* texto que acompaña a las notas 29-31, 37-48.
 62. Ver *supra* texto que acompaña a las notas 16-17, 20-28.
 63. Ver, p.ej., Redlich, False Confessions, False Guilty Pleas: Similarities and Differences, *supra* nota 5, en 58.
 64. Ver, p.ej., id.
 65. Ver, p.ej., Brandon L. Garrett, Judging Innocence, 108 COLUM. L. REV. 55, 74 (2008); Gross, *supra* nota 5, en 537, 544-45.
 66. Kenneth S. Bordens, Effects of Likelihood of Conviction, Threatened Punishment, and Assumed Role on Mock Plea Bargaining Decisions, 5 BASIC & APPLIED SOC. PSYCHOL. 59, 71 (1984); W. Larry Gregory et al., Social Psychology and Plea Bargaining: Applications, Methodology, and Theory, 36 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 1521, 1528 (1978).
 67. Avishalom Tor et al., Fairness and the Willingness to Accept Plea Bargain Offers, 7 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 97, 106 (2010).
 68. Ver Redlich et al., Self-Reported Confessions and False Guilty Pleas Among Offenders with Mental Illness, *supra* nota 5, en 85.
 69. Redlich, False Confessions, False Guilty Pleas: Similarities and Differences, *supra* nota 5, en 59-62.
 70. Gross, *supra* nota 5, en 544-46; Owens-Kostelnik, *supra* nota 3, en 287; Allison D. Redlich & Saul M. Kassin, Police Interrogation and False Confessions: The Inherent Risk of Youth, in CHILDREN AS VICTIMS, WITNESSES, AND OFFENDERS: PSYCHOLOGICAL SCIENCE AND THE LAW 275, 276 (Bette L. Bottoms et al., eds., 2009).
 71. Steven A. Drizin & Richard A. Leo, The Problem of False Confessions in the Post-DNA World, 82 N.C. L. REV. 891, 944 (2004); Gross, *supra* nota 5, en 545.
 72. Ver en general GISHI H. GUDJONSSON, THE PSYCHOLOGY OF INTERROGATIONS AND CONFESSIONS: A HANDBOOK (2003); Kassin et al., *supra* nota 3; Lassiter & Meissner, *supra* nota 4; LEO, *supra* nota 4.

73. Kassin, supra note 3, at 6-7; Ver también Drizin & Leo, supra nota 70, en 907-18.
74. FRED E. INBAU ET AL., CRIMINAL INTERROGATIONS AND CONFESSIONS 298-303 (4^o ed.2004); Jessica R.Meyer & N.Dickson Reppucci, Police Practices and Perceptions Regarding Juvenile Interrogation and Interrogative Suggestibility, 25 BEHAV. SCI. & L. 757, 761 (2007); Redlich & Kassin, supra nota 69, en 277-79.
75. Owens-Kostelnik, supra nota 3, en 291; Redlich & Kassin, supra nota 70, en 279-82; Christine S. Scott-Hayward, Explaining Juvenile False Confessions: Adolescent Development and Police Interrogations, 31 LAW & PSYCHOL. REV. 53, 66-69 (2007).
76. Owens-Kostelnik, supra nota 3, en 287; Allison D. Redlich & Gail S. Goodman, Taking Responsibility for an Act Not Committed: The Influence of Age and Suggestibility, 27 LAW & HUM. BEHAV. 141, 152 (2003).
77. Ver Drizin & Luloff, supra nota 2, en 274 (nota que los “menores [tienen] significativamente más probabilidad de reivindicar responsabilidad por actos que no cometieron, que los adultos”); Redlich, False Confessions, False Guilty Pleas: Similarities and Differences, supra nota 5, en 60; Redlich & Kassin, supra nota 70, en 282.
78. Drizin & Luloff, supra nota 2, en 293.
79. Ver en general ROBERT B. CIALDINI, INFLUENCE: SCIENCE AND PRACTICE (4^o ed. 2001) (describe diversas técnicas de influencia y persuasión).
80. Por ejemplo, el cumplir con la autoridad es una razón teórica para incrementar la probabilidad de que menores acepten declaraciones, en comparación con los adultos. Grisso, supra nota 16, en 361.
81. Laurence Steinberg & Elizabeth S. Scott, Less Guilty by Reason of Adolescence: Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty, 58 AM. PSYCHOLOGIST 1009, 1012 (2003).
82. Id.
83. Ver Candace McCoy, Plea Bargaining as Coercion: The Trial Penalty and Plea Bargaining Reform, 50 CRIM. L.Q. 67, 79-80 (2005); Jeffrey T. Ulmer & Mindy S. Bradley, Variation in Trial Penalties Among Serious Violent Offenses, 44 CRIMINOLOGY 631, 632-33 (2006); Jeffrey T. Ulmer & John H. Kramer, Court Communities Under Sentencing Guidelines: Dilemmas of

- Formal Rationality and Sentencing Disparity, 34 CRIMINOLOGY 383, 393-97 (1996); Ronald F. Wright, Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice, 154 U. PA. L. REV. 79, 84-86 (2005).
84. THOMAS H. COHEN & BRIAN A. REAVES, BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, FELONY DEFENDANTS IN LARGE URBAN COUNTIES, 2002 26 (2006).
 85. Abbe Smith, "I Ain't Takin' No Plea": The Challenges in Counseling Young People Facing Serious Time, 60 RUTGERS L. REV. 11, 12 (2007).
 86. Id. en 13.
 87. Id. en 13-18.
 88. Redlich, False Confessions, False Guilty Pleas: Similarities and Differences, supra nota 5, en 53, 56.
 89. COHEN & REAVES, supra nota 83, en 25.
 90. Tor, supra nota 67, en 103-13.
 91. Id. en 99.
 92. LAURENCE STEINBERG, ADOLESCENCE 86-89 (Emily Barrosse et al. ed., 8º ed. 2008); Laurence Steinberg, Cognitive and Affective Development in Adolescence, 9 TRENDS IN COGNITIVE SCI. 69, 72-73 (2005).
 93. Peterson-Badali & Abramovitch, supra nota 21, en 548-49.
 94. Josh Bowers, Punishing the Innocent, 156 U. PA. L. REV. 1117, 1173-74 (2008).
 95. Ver id. en 1163 (nota que los "[j]ueces se resisten especialmente a desacreditar incluso testimonios increíbles de la policía").
 96. Drizin & Leo, supra nota 71, en 920-23.
 97. Kevin Jon Heller, The Cognitive Psychology of Circumstantial Evidence, 105 MICH. L. REV. 241, 250 (2006); Saul M. Kassin & Katherine Neumann, On the Power of Confession Evidence: An Experimental Test of the Fundamental Difference Hypothesis, 21 LAW & HUM. BEHAV. 469, 479 (1997); ver Drizin & Luloff, supra nota 2, en 272-73.
 98. Ver STEINBERG, ADOLESCENCE, supra nota 92, en 105-06.

99. Owen-Kostelnik, supra nota 3, en 295-96; Allison D. Redlich & Steven Drizin, Police Interrogation of Youth, en THE MENTAL HEALTH NEEDS OF YOUNG OFFENDERS: FORGING PATHS TOWARD REINTEGRATION AND REHABILITATION 61, 68-69 (Carol L. Kessler & Lovis James Kraus ed., 2007).
100. Ver Owen-Kostelnik, supra nota 3, en 296 (provee el ejemplo de un niño de catorce años que confesó falsamente “después de dos días de ser interrogado”).
101. Drizin& Leo, supra nota 71, en 907-12; Brandon L. Garrett, The Substance of False Confessions, 62 STAN. L. REV. 1051, 1058 (2010).
102. Kassin, supra nota 3, en 14-19.
103. Drizin & Luloff, supra nota 2, en 260; Tepfer et al., supra nota 54, en 892-94.

V. Retórica y realidad del enfoque “Paradigma de prevención de factores de riesgo” para prevenir y reducir la delincuencia juvenil*

Kevin Haines y Stephen Case

Universidad de Swansea

Resumen

El paradigma de prevención de factores de riesgo (RFPP, por sus siglas en inglés: Risk Factor Prevention Paradigm) ha tenido creciente influencia en las respuestas gubernamentales a la delincuencia juvenil. Este trabajo es una evaluación crítica de la investigación y la prevención centradas en el riesgo y “basadas en la evidencia”, que se reúnen alrededor del RFPP. Destacamos los significativos problemas que rodean la definición y la medición de los factores de riesgo, las dificultades de interpretación de la evidencia de los mismos, el “psico-reduccionismo” de gran parte de la investigación focalizada en el riesgo, los problemas de implementación referidos a la intervención temprana y los debates metodológicos respecto de la evaluación de “lo que funciona” en la prevención de la delincuencia centrada en el riesgo. El análisis de la naturaleza promisorio y progresiva del RFPP se ve atenuado por la evaluación de las preocupaciones prácticas y políticas que impactan sobre el paradigma.

Palabras clave: intervención, prevención, protector, riesgo, jóvenes

* Publicado el 2008 en *Youth Justice* 8 (1) pp. 5-20. DOI: 10.1177/1473225407087039. Traducción: Carmen Gloria Olivero. Revisión y edición: Gonzalo Berríos. Agradecemos a Valérie Bernad, de SAGE Publications Ltd, la autorización para traducir y publicar este artículo.

El “paradigma de prevención de factores de riesgo”

Desde la década de 1990, el desarrollo del “paradigma de prevención de factores de riesgo” (RFPP, por sus siglas en inglés) ha ejercido gran influencia sobre la prevención de la delincuencia y la criminalidad. Al igual que gran parte del informe *Misspent Youth* (Audit Commision, 1996), el RFPP es sostenido empíricamente por el longitudinal y seminal Estudio Cambridge sobre Desarrollo de la Delincuencia (West y Farrington, 1973) y el Modelo de Desarrollo Social (Catalano y Hawkins, 1996), que alegan ambos haber detectado los factores de riesgo claves que incrementan la probabilidad de delinquir y llevan a la conclusión de que se puede prevenir la criminalidad mediante la implementación de medidas diseñadas para contrarrestarlos. El entusiasmo con el cual los diseñadores de políticas y los investigadores sociales abrazaron este paradigma (por ejemplo a través de la difundida implementación de diversas formas de evaluación del riesgo), nació de una necesidad política de comprender el problema de la delincuencia juvenil, y de identificar, evaluar e implementar soluciones efectivas y costo-efectivas (France y Utting, 2005). En consecuencia, la ostensiblemente robusta y creciente base de evidencias que rodea el RFPP ha demostrado tener un especial atractivo para los diseñadores de políticas y los profesionales. Como se entusiasma Farrington:

Una ventaja clave del paradigma de prevención de factores de riesgo es que relaciona la explicación con la prevención, la investigación fundamental con la aplicada y los expertos con los profesionales. Importa destacar que el paradigma es fácil de comprender y de comunicar, y es rápidamente aceptado por los diseñadores de políticas, los profesionales y el público en general. Tanto los factores de riesgo como las intervenciones se basan sobre la investigación empírica, en lugar de teorías. El paradigma evita difíciles cuestiones teóricas sobre cuáles factores de riesgo tienen efectos causales. (Farrington, 2000: 7)

La base de evidencias: factores de riesgo establecidos de delincuencia juvenil

En Inglaterra y Gales, la estrategia de reducción de la delincuencia del Consejo de Justicia Juvenil (*Youth Justice Board*, YJB) se ha visto vigorizada por la creciente confianza del gobierno en la validez, la posibilidad de generalización y la factibilidad de un cuerpo ostensiblemente robusto de evidencias de investigación empírica provenientes del Reino Unido y otros países. Una plétora de estudios de investigación empíricos (por lo general cuantitativos) del mundo occidental han identificado una variedad de factores de riesgo de delin-

cuencia juvenil. Los factores de riesgo identificados en estudios longitudinales sobre delincuencia en el Reino Unido (Smith y McAra, 2004) concuerdan con investigaciones longitudinales en América del Norte (Wikstrom y Loeber, 1998), Escandinavia (Wikstrom, 1998), Australia (Homel, 2005) y Nueva Zelanda (Fergusson et al., 1993), al igual que con estudios transversales británicos (Flood-Page et al., 2000; Armstrong et al., 2005). Las investigaciones demuestran sistemáticamente que los efectos más fuertes sobre la delincuencia autoreportada y oficial fluyen de los procesos sociales de familia, escuela, vecindad y pares, además de un rango de factores individuales.

La investigación sobre factores de riesgo ha alentado la “globalización” del conocimiento, a través de estudios comparativos transnacionales (transculturales) que aplican estrategias similares para la investigación y la práctica en varios países diferentes. Esto ha proliferado y facilitado la fertilización cruzada entre expertos de distintos países, por lo que el uso del RFPP para explicar y prevenir la delincuencia (apuntalado por una supuestamente robusta y confiable base de evidencias de aplicación nacional/internacional) es ahora recomendado o adoptado en las políticas de prevención de la delincuencia juvenil en varios países, incluso el Reino Unido, los Estados Unidos, Australia, Suecia y los Países Bajos (ver Farrington, 2007). Farrington ha argumentado que hay una necesidad apremiante de influjo de estudios contemporáneos sobre factores de riesgo transnacionales que permitan la “comparación de efectos en diferentes momentos, en distintos sitios” (Farrington, 2000: 5). Sin embargo, es discutible la necesidad de integrar un elemento transnacional a gran parte de la investigación de RFPP que busca una política de información, en particular si dicha investigación procura cumplir con una agenda *local* específica.¹ También se debe destacar que cuando Farrington y otros autores hablan de “globalización”, centran la atención abiertamente en el estudio comparativo entre los países occidentales “industrializados” (ver Farrington, 2007), lo cual limita la posibilidad de generalización de cualquier hallazgo y conclusión, y queda abierto a acusaciones de etnocentricidad.

A pesar del aumento exponencial de políticas y programas informados por el RFPP y su base de evidencias emergente, la evidencia del éxito sostenible a largo plazo de las intervenciones en términos de reducción de la delincuencia e influencia sobre la práctica, sigue siendo “promisoria”, aunque limitada (Crow et al., 2004; France y Crow, 2005), debido a la plétora de problemas referidos, por ejemplo, a la definición y la medición del “riesgo”, la interpretación de la causalidad, la implementación de programas centrados en el riesgo y la evaluación de “lo que funciona” en la prevención de la delincuencia juvenil. En

otras palabras, se ha establecido explícitamente una plataforma de iniciativas y programas del gobierno sobre el RFPP, pero por el momento la evidencia de su efectividad es limitada y controvertida.

Definición y medición de “factores de riesgo”

La precisa *definición* de “factores de riesgo” y “factores protectores” no ha sido empleada de forma constante en la investigación criminológica (Farrington, 2000). Los factores de riesgo pueden asumir la categoría *extrema* de una variable explicativa (por ejemplo, mala supervisión paterna), una variable *dicotómica* (por ejemplo, mala/buena supervisión paterna) o una variable explicativa *continua* (por ejemplo, una escala de supervisión paterna entre mala y buena). La descripción sistemática de los factores de riesgo y protectores como dicotómicos por quienes proponen el RFPP ha generado las críticas de los investigadores que objetan la concepción de una simple *relación lineal*, donde riesgo/protección existen meramente como diferentes nombres para el mismo concepto subyacente (cf. Farrington 2002). En la práctica, los factores protectores pueden tener una *relación no lineal* con la delincuencia, o existir sin un factor de riesgo dicotómico (por ejemplo, un ingreso elevado protector sin un bajo ingreso como factor de riesgo); de hecho, es común identificar los factores de riesgo en forma independiente de los factores protectores (Farrington, 2000), por ejemplo, el ausentismo escolar incrementa el riesgo de delinquir sin que la asistencia escolar (sola) necesariamente proteja a los jóvenes de la delincuencia.

Los factores protectores también pueden interactuar, mediar o moderar los efectos de la exposición a factores de riesgo (Lynam et al., 2000). Por ejemplo, la mala supervisión paterna puede ser un factor de riesgo significativo en varones de familias de bajos ingresos, pero no en los de familias de altos ingresos. En consecuencia, los altos ingresos podrían contrarrestar los efectos de la mala supervisión paterna. Por lo tanto, es importante poder investigar los factores de riesgo y protectores de manera tal que les permita mantenerse independientes y a la vez relacionarlos con el uso de intervenciones dirigidas, pero tal investigación brilla por su ausencia en el campo de los factores de riesgo (ver también Catalano et al., 2002; Moore et al., 2002). Además, mientras el RFPP no emplee terminología más constante, será incapaz de relacionar efectivamente las definiciones operativas con las construcciones teóricas subyacentes (Farrington, 2000), lo cual es una seria limitación para la validez interna (grado de medición

real del riesgo) y la validez externa (posibilidad de generalización, aplicabilidad global) de las intervenciones basadas en el riesgo, y sus alegaciones de éxito. Tal como se mencionó, hay amplio consenso entre los propulsores del RFPP respecto de los dominios de los factores de riesgo que influyen sobre la delincuencia juvenil (Wasserman et al., 2003); sin embargo, hay creciente controversia respecto de la forma más efectiva y válida de *medir* estos factores (Hine, 2005). Tradicionalmente, los factores de riesgo son fenómenos cuantitativos que se miden por métodos positivistas afines a los de las ciencias naturales; por ejemplo el formato de respuesta con recuadros para marcar o escala de Likert (cerrada) en una encuesta (para ejemplos en el Reino Unido, ver los cuestionarios de escuela secundaria administrados por *Communities that Care* (CtC), las evaluaciones *On Track* y el estudio *Edinburgh Youth Transitions*, junto con la evaluación de riesgo de *Asset*). No obstante, los críticos (Pitts, 2003) argumentan que las metodologías positivistas son medios inadecuados, inválidos y demasiado rígidos para investigar el comportamiento social de los seres humanos. Los factores de riesgo son entidades complejas, difíciles de identificar y medir en la investigación, y son fácilmente confundidos con las nociones de "riesgo" sostenidas por los profesionales que trabajan con jóvenes (Hill et al., 2004). En consecuencia, la representación de los factores de riesgo como meros cálculos estadísticos fracasa en abarcar toda su complejidad (Armstrong, 2004); tampoco considera los problemas de proceso y de contexto (Pawson y Tilley, 1998). En cambio, se argumenta que la investigación de los factores de riesgo (tal como se concibe y ejecuta en la actualidad) tiende a transformar el proceso dinámico e interactivo de la delincuencia en el efecto estático de anomalías evolutivas, al concebir diversos factores (psicológicos, emocionales, sociales, estructurales) como si fueran un fenómeno unitario al que se le puede asignar un valor estadístico (Pitts, 2003).

Interpretación de la evidencia de los factores de riesgo: ¿causas y predictores universales o un menú limitado de correlaciones?

Tradicionalmente, la investigación centrada en el riesgo ha empleado técnicas de regresión para identificar los factores de riesgo (por lo general, factores individuales ubicados en grupos por sentido común, pero no necesariamente en relación estadística) *asociados estadísticamente* y *predictivos* de delitos autoreportados (cf. Armstrong et al., 2005). No obstante, la proliferación de factores destacados por su influencia sobre la delincuencia juvenil² sugiere que la forma preferida de investigación de factores de riesgo tiene utilidad limitada,

en particular si el objetivo es evaluar el impacto relativo de distintos factores o aplicar los hallazgos a informar y guiar las intervenciones y la orientación de las políticas.

De la investigación de factores de riesgo surge otra advertencia, referida a que la integración de demasiadas variables en una ecuación de regresión logística puede producir variables predictoras altamente correlacionadas (distintas variables que miden esencialmente el mismo factor subyacente, problema denominado “multicolinealidad”), capaces de generar una solución inestable y no confiable (Field, 2000). Más recientemente, el enfoque de múltiples factores de riesgo ha impuesto un efecto aditivo lineal sobre el riesgo, con exposición a cantidades crecientes de factores de riesgo (Farrington, 2002). Si bien es evidente que los factores de riesgo se acumulan en las vidas de muchos jóvenes (Anderson et al., 2001), se ha prestado menos atención al impacto acumulado combinado de las variables *que interactúan estadísticamente entre sí* (cf. Lynam et al., 2000) y operan sobre *diferentes formas de delincuencia en subgrupos de la población joven*. Este último enfoque representa una aplicación más refinada y sensata del RFPP, y puede proporcionar a los profesionales y diseñadores de políticas información sobre el riesgo específico para el género, la edad, la etnicidad, la localidad y el comportamiento delictivo, que permita dirigir en forma más adecuada las intervenciones de acuerdo con el contexto.

Armstrong (2004) argumenta que es inválida la “lectura” del comportamiento delictivo a partir de una lista de factores de riesgo, dado que la investigación centrada en el riesgo es problemática, empíricamente limitada y mal definida por la teoría. Destaca el Estudio de Cambridge (West y Farrington, 1973), que alega haber identificado factores de riesgo de aplicación universal a delincuentes juveniles, sobre la base de una pequeña muestra de jóvenes varones blancos (Armstrong, 2004). Otros autores también han cuestionado la validez de hacer predicciones de delincuencia y dirigir intervenciones sobre la base de la metodología de Cambridge (ver, por ejemplo, Bessant et al., 2003), en particular porque este estudio sirvió como catalizador de la creciente bibliografía sobre factores de riesgo durante los últimos quince años. De hecho, incluso el propio Farrington orienta la atención al sesgo de gran parte de la investigación centrada en el riesgo hacia la identificación de factores de riesgo para muestras de jóvenes varones blancos de clase obrera en el mundo occidental industrializado (Farrington, 2007).

Según Utting (1999), el uso de factores de riesgo para predecir (e influenciar) el comportamiento futuro de un individuo no sólo es cuestionable éticamente,

además entraña el peligro de la dificultad interpretativa de la medición de los factores de riesgo y su representación como "predictivo" de la delincuencia. Es obvio que la naturaleza instantánea de los diseños transversales (por ejemplo, el *Youth Survey*, el *Youth Lifestyles Survey*) no pueden ofrecer el sostenido monitoreo y la medición de la relación entre los factores de riesgo y el comportamiento problemático generados por los diseños longitudinales. Esto descartaría la identificación de estos factores como "predictivos", en un sentido causal, pero la cultura insidiosa de distorsión y sobreinflación de los hallazgos del RFPP han combinado la causalidad y la correlación, por lo que establecen los "factores de riesgo" como predictivos, sin considerar las limitaciones de los diseños de investigación. También es discutible si los factores de riesgo son estrictamente predictivos en sentido causal o si estas relaciones son meramente correlativas y/o indicativas del comportamiento problemático, dado que es imposible controlar la totalidad de la influencia de las variables extrañas durante un periodo de estudio prolongado con participantes humanos. De hecho, el muy influyente informe *Misspent Youth* concede que "no hay forma de predecir con exactitud los individuos que delinquirán" (Audit Commision, 1996: 58).

Hughes et al. (2002) sostienen que la medición del riesgo *en sí mismo* ha suplantado ahora la búsqueda para identificar las causas de la delincuencia (posiblemente debido a la crisis gubernamental simultánea de confianza en la etiología y la priorización del "riesgo" como problema social). Podría alegarse que, en sentido más amplio, la evaluación del riesgo es un enfoque problemático (en particular cuando se emplea para informar intervenciones) debido al foco sobre la cuantificación y el análisis de los problemas, en lugar de su solución (ver Squires y Stephen, 2005). También puede ocurrir que los abordajes más holísticos de la prevención de la delincuencia juvenil estén siendo socavados por los imperativos políticos a corto plazo, por lo que demasiada atención y recursos están centrados en reinventar las "desvencijadas ruedas de la causalidad", en lugar de solucionar cuestiones más profundas y costosas (en sentido económico, político) (Squires y Stephen, 2005; Goldson y Muncie, 2006).

La cuestión de la causalidad-correlación se ha tornado aún más difícil de resolver debido a la falta de conocimiento que rodea la influencia relativa de los diversos factores de riesgo (Hill et al., 2004) y las combinaciones de factores de riesgo de la delincuencia, en particular cuando un individuo está expuesto a múltiples riesgos. Los problemas de interpretación son aún más complejos debido a la prestación de intervenciones de múltiples componentes universales, lo que torna difícil (si no imposible) identificar quién recibió una intervención, cuánto de cierta intervención ha sido recibida y cuáles son los ingredientes ac-

tivos de la estrategia global (Farrington, 2000). En consecuencia, es imposible relacionar los ingresos y las salidas, como se observa en la evaluación de la iniciativa *Communities that Care* (CtC) en el Reino Unido (France y Crow, 2005). Esto llevó a Pitts (2003: 9) a afirmar:

...nos hemos acercado poco a la comprensión de las causas de la delincuencia juvenil, y nuestra elección de métodos de investigación debe continuar siendo aleatoria.

Estos argumentos destacan las concepciones androcéntricas y etnocéntricas del RFPP; con intervenciones basadas en factores de riesgo “de aplicación global” aplicados comúnmente a amplias poblaciones, a pesar de que gran parte de la investigación de soporte ha sido conducida en jóvenes varones blancos de Europa Occidental y América del Norte. Como agravante de esta sobregeneralización/invalidez, los estudios también tienden a representar a los “jóvenes” y la “delincuencia” como categorías homólogas, en lugar de una población heterogénea y un conjunto dispar de comportamientos, respectivamente. Por ejemplo, respecto de la edad, las dos revisiones de *Youth Lifestyles Survey* (YLS) del Home Office identificaron los factores de riesgo para “jóvenes” de 14–25 años (Graham y Bowling, 1995) y de 12–30 años (Flood-Page et al., 2000), el *Offending Crime and Justice Survey* (OCJS) del Home Office explora los factores de riesgo para los individuos de 10–15 años y de 16–25 años como grupos uniformes (Budd et al., 2005), mientras que la evaluación de *On Track* centró la atención en los jóvenes de 11–16 años (Armstrong et al., 2005; Hine, 2005). En términos de delitos, el estudio *Edinburgh Youth Transitions* solo distingue entre delitos “generales” y delitos “graves” (Smith y McAra, 2004), mientras que YLS y OCJS combinan delitos persistentes y graves.

Farrington (2002, 2007) cree que los factores individuales estáticos (por ejemplo, género, edad, etnicidad) no tienen implicaciones prácticas para la prevención, dado que no pueden ser modificados; una visión compartida por los propulsores de la justicia actuarial (Feeley y Simon, 1994). No obstante, ciertos factores de riesgo pueden ser más destacados en algunos grupos de una población (varones/mujeres, diferente grupo etario, raza blanca/negra; ver también Moore et al., 2002), así como los perfiles de riesgo pueden variar entre distintos “tipos” de delincuentes (activo v. pasado, ocasional v. frecuente, de primera vez v. reincidente, menor v. grave, ladrón v. violento). Posteriormente, se genera inaplicabilidad, insensibilidad y confusión de objetivos respecto de las intervenciones al utilizar los factores de riesgo establecidos como “comodines”, cuando de hecho los estudios contemporáneos muestran una amplia

variación en sus poblaciones objetivo (por ejemplo, *On Track* investiga jóvenes "en riesgo", las muestras de *Communities that Care* se extraen de poblaciones de escuelas secundarias).

¿Qué factores de riesgo potenciales se descuidan?

A partir de los argumentos presentados hasta el momento, debería quedar en claro que la investigación y la política centradas en el riesgo se establecen en gran medida sobre la base de datos cuantitativos, en la forma de correlaciones estadísticas entre factores de riesgo y delincuencia. No obstante, como intenta señalar Armstrong (2004), la bibliografía sobre riesgo establecida evita cualquier examen detallado de la construcción social del riesgo, en particular en lo relacionado con establecer las perspectivas de los jóvenes. Los significados atribuidos al "riesgo" por los jóvenes (en lugar de los atribuidos por los adultos) son esenciales, si buscamos un conocimiento holístico de las "vías delictivas", en especial cuando la política y la práctica se perciben como partes constituyentes de la negociación social del riesgo en las vidas de los jóvenes (Armstrong, 2004). Sin embargo, ha habido cierto movimiento alentador tendiente a llenar el vacío de la investigación cualitativa sobre las cuestiones ya reseñadas, en especial a través de la financiación del ESRC de dos redes prioritarias: "Vías de entrada y salida de la delincuencia" (ver France y Homel, 2007), y "Contextos sociales de las vías de la delincuencia" (www.scopic.ac.uk). Pero ambas redes se encuentran en estado naciente, por lo que su capacidad para empujar los límites de la investigación centrada en el riesgo mediante la provisión de una base de evidencias contundentes y sustantivas ha sido limitada, por el momento.

Puede argumentarse que, hasta ahora, la investigación de los factores de riesgo ha funcionado como ejercicio cuantitativo, pragmático, prescriptivo y, de algún modo, de autorealización. En los estudios ha habido una tendencia a plantear hipótesis sobre la presencia y la influencia de los factores de riesgo a través de la observación (ver Estudio de Cambridge 1973, de West y Farrington), luego confirmar o refutar su existencia a través de pruebas estadísticas, en un clásico proceso positivista. Los criminólogos que trabajan dentro de este contexto invariablemente descubren lo que buscan, incluso entre grupos sociales y en sociedades/culturas que difieren significativamente de las poblaciones de las cuales se desarrolló la "lista" de factores de riesgo influyentes (varones blancos de clase obrera en el mundo occidental industrializado).

El RFPP ha recibido fuertes críticas por su “psico-reduccionismo” implícito (ver Bessant et al., 2003), al priorizar factores inmediatos, próximos e individuales, y relegar las influencias sociales y estructurales como factores “distales” secundarios que simplemente interactúan y exacerbaban anomalías evolutivas (Pitts, 2003). Por ejemplo, el Estudio de Cambridge desestimó la influencia potencial de los factores de vecindario, al agrupar los factores de familia y pares en la inapropiada categoría general de “factores de riesgo comunitarios”. Esto tipifica la “falacia de autonomía” (Currie, 1985), la desacertada noción de que los factores familiares pueden ser separados analíticamente de las influencias sociales externas. Por lo tanto, a pesar de su ostensible “inclusividad pragmática”, el RFPP continúa marginando las causas estructurales subyacentes de la delincuencia (Hughes et al., 2002).

En particular, la investigación sobre factores de riesgo tiende a soslayar y restar importancia a las características del vecindario como factores de riesgo de delincuencia juvenil, posiblemente debido a las dificultades de medición inherentes, pues son relativamente escasos los estudios que analizan esta área en detalle (Pitts, 2003). Por ejemplo, el enfoque de factores de riesgo ha minimizado la influencia del contexto, al no explicar o examinar de modo adecuado la relación entre los factores de riesgo y el estatus socioeconómico (ESE) del vecindario. Por lo general, las diferencias de índices de delincuencia por vecindario se explican en términos de diferencias de las características de las personas que viven allí, en lugar de las diferencias de las características del propio vecindario. No obstante, la exploración de esta relación por el *Pittsburgh Youth Study* (Wikstrom y Loeber, 1998) concluyó que el impacto del vecindario sobre las carreras delictivas de jóvenes con bajos ESE puede ser decisivo. Esto indica que la adversidad rutinaria de la vida en vecindarios con alta criminalidad puede superar incluso los mejores esfuerzos de progenitores/familias por impedir que su hijo se involucre en la delincuencia.

Problemas de implementación

Parece probable que sin la provisión de una intervención efectiva, ciertos niños y jóvenes experimentarán consecuencias negativas en el largo plazo (delincuencia, abuso de drogas, fracaso académico, necesidad de asistencia social, embarazo adolescente), con los costos sociales y financieros asociados, para la sociedad y los propios individuos. Sin embargo, hay notables tensiones políticas y metodológicas referidas a la forma de implementación de los programas centrados en el riesgo, por ejemplo, relacionados con las implicaciones éticas/

legales de la intervención temprana establecida sobre los factores de riesgo identificados, las poblaciones para las cuales están disponibles las intervenciones y la forma de evaluar el “éxito” de las intervenciones.

Intervención temprana centrada en el riesgo

La intervención preventiva temprana, establecida sobre la identificación de jóvenes “en riesgo” y el mejoramiento de los factores de riesgo, sirve como piedra angular de la respuesta laborista a la delincuencia juvenil (Goldson, 2000). La legislación posterior a la *Crime and Disorder Act* 1998 imputa a la organización legal y voluntaria a nivel local la detección de jóvenes (y familias) “de alto riesgo”, sobre la base de la evaluación de factores de riesgo, antes de ingresar al sistema de justicia juvenil y de intercambiar información de “factores de riesgo” con múltiples agencias sobre estos individuos de alto riesgo (Armstrong, 2004; Goldson, 2005). La identificación preceptiva y la focalización de los factores de riesgo ofrecen un sistema simplista de manejo de la delincuencia políticamente atrayente, pues evita el foco sobre las desigualdades estructurales y las causas de la delincuencia, a favor de una política de contención, intervención, supervisión, “responsabilización”, “remoralización” y culpa individual (Hughes et al., 2002; Armstrong, 2004). El foco sobre la intervención temprana también permite al gobierno del Reino Unido extender su ámbito de control sobre las vidas de los jóvenes y las familias (Smith, 2006).

Goldson (2005) argumenta que la priorización del riesgo como guía de la intervención apropiada ha dado por resultado que el derecho a los servicios siga líneas negativas, por lo que a fin de “calificar” para una intervención, los jóvenes deben demostrar alguna forma de déficit. En consecuencia, las intervenciones han sido dirigidas a los jóvenes que pueden ser diagnosticados o evaluados como “en riesgo”, “de alto riesgo”, “antisociales” o que representan un riesgo para sí mismos u otros. Según Goldson (2005: 259), el resultado de este proceso direccional es que las conceptualizaciones de provisión universal se hayan replegado a un “contexto de clasificación, control y corrección”.

Podría decirse que el énfasis actuarial de la política juvenil está sostenido por “nociones de riesgo mal concebidas” que han sido empleadas selectivamente para avalar un *ethos* de intervención temprana y nociones asociadas de responsabilización y criminalización (Hughes et al., 2002). El enfoque focalizado y gerencial de la delincuencia juvenil también está limitado por no estar aparentemente relacionado ni ser sensible a variaciones contextuales, culturales, etarias o de género en la aparición y la operación de los factores de riesgo (Smith, 2006). Además, el enfoque no considera las influencias estructurales y

políticas sobre la delincuencia (Smith, 2006). Pitts (2003: 14) ofrece una cínica caracterización de la manipulación, en particular en el contexto del RFPP, al definirla como:

... un intento por llevar adelante soluciones simplistas, aunque políticamente aceptables, a problemas sociales, económicos y culturales notablemente complejos.

Los críticos han acusado al Reino Unido y otros gobiernos de explotar el RFPP como justificación teórica de la búsqueda de políticas invasivas; de explotar la noción de “riesgo” para legitimar la cada vez más temprana intervención e interferencia en las vidas de los jóvenes de “alto riesgo”, “en riesgo” o “peligrosos” (aunque a menudo aún no delincuentes o no convictos) y sus familias (Bessant et al., 2003; Armstrong, 2004; Goldson, 2005). Como sugiere Lupton (1999: 87): “el riesgo puede ser entendido como una estrategia gubernamental de poder regulatorio”. Por ejemplo, dentro de la “industria de control de la delincuencia juvenil” (Christie, 1993) emanada de las respuestas políticas de los neolaboristas, las intervenciones (por ejemplo, las órdenes sobre conducta antisocial) pueden ser impulsadas sobre la base de la evaluación y la predicción del riesgo, sin que se cometa ningún delito real. Esta inversión del principio legal de “inocencia hasta demostrar culpabilidad”, combinada con las escasas evidencias de que la intervención temprana es (o alguna vez será) efectiva en la reducción de la delincuencia juvenil, contradice el énfasis neolaborista sobre “lo que funciona” y la política basada en la evidencia (Hughes et al., 2002; Goldson, 2005). Goldson (2000) se refiere a esta práctica como “irracionalidad de evidencia” y argumenta que la intervención temprana es particularmente ilógica frente a una creciente base de evidencias de que la estigmatización, la criminalización, la ampliación de redes y el etiquetamiento en realidad incrementan la delincuencia juvenil. En consecuencia, la “gubernamentalización precautoria contemporánea de la juventud marginal” (Hughes et al., 2002: 205) y su foco sobre la futura minimización del riesgo socava el foco sobre la justicia social. Hudson (2003: 73) plantea descarnadamente que la “política de riesgo y seguridad es una política de desigualdad”.

¿Intervención universal o dirigida?

Los servicios universales (disponibles para todos los miembros de determinada población) por lo general evitan estigmatizar a los individuos como “en riesgo” o delincuentes potenciales, pero pueden ser costosos y difíciles de evaluar en términos de efectividad (Sherman et al., 1998). En contraste, los programas dirigidos a subgrupos de “alto riesgo” de una población (por ejemplo, un área

específica dentro de una ciudad) pueden lograr grandes ahorros si se evitan futuras conductas no deseadas. Puede ser más efectivo y/o costo-efectivo dirigir los programas de intervención sobre las personas o áreas con mayor riesgo. En principio, hay mayor ámbito de reducción de delincuencia con estas personas y áreas, pero en la práctica pueden ser los más difíciles de involucrar en los programas y de cambiar (Andrews y Bonta, 1998). No obstante, la focalización individual y geográfica a través de la evaluación del riesgo (el método preferido del RFPP) incrementa la probabilidad de que la sociedad asocie características individuales (edad, raza, domicilio) con su clasificación agregada de alto/bajo riesgo, por lo que se marginalizan, estigmatizan y estereotipan poblaciones tales como los jóvenes, que ya pueden encontrarse en desventaja y desafectados en lo económico, educativo, político o una combinación de cualquiera de ellos (Silver y Miller, 2002).

La acelerada exigencia política de identificar los jóvenes en riesgo y dirigir el mejoramiento de su conducta ha exacerbado la tensión entre los principios de universalismo y focalización (ver Harrison y Wiles, 2005). Si bien el perfilamiento de poblaciones completas sobre la base de los factores de riesgo, dirige la investigación hacia la seguridad pública, la posterior focalización de los servicios sobre la base de este proceso puede dejar de lado la privacidad, la libertad, y los derechos y responsabilidades individuales. Estas poblaciones marginadas pueden sentirse abrumadas por la evaluación de riesgo (actuarial), dado que viven en circunstancias de alta correlación con la delincuencia, y se encuentran en una posición política débil para resistir la clasificación (Silver y Miller, 2002). Por lo tanto, la evaluación del riesgo puede contribuir inadvertidamente a la generalización del estigma de la delincuencia a las características de los grupos designados como de alto riesgo (jóvenes), al colocar un "sello científico" sobre el prejuicio y el temor del público (Silver y Miller, 2002); pero, en realidad, es improbable que un barrio de alto riesgo contenga solo individuos de alto riesgo. Podría decirse que la naturaleza autocumplida de la investigación sobre los factores de riesgo se ve reforzada por la construcción de conjuntos de preguntas establecidas en gran medida sobre la psicología evolutiva, que transforma el proceso dinámico e interactivo de la delincuencia en el «efecto» estático de las anomalías de desarrollo (Pitts, 2003). De esta manera, los factores sociales se visualizan como simple exacerbación de las anomalías de desarrollo evolutivas originadas en la familia, por lo que el método de los factores de riesgo fracasa en capturar el contexto más amplio (estructural, social, político) en el cual tiene lugar la delincuencia.

El problema de estigmatizar a los jóvenes a través de la aplicación insensata del RFPP puede ser salvado o mediado, en cierta medida, al centrar la atención en factores protectores más que de riesgo, dado que esto estimula el optimismo sobre las formas de reducir la delincuencia y promover el comportamiento positivo (ver, por ejemplo, Hughes et al., 2002). Las intervenciones centradas principalmente en mejorar los factores protectores más que en reducir los factores de riesgo, caracterizan a los programas más positivos (de promoción de la salud, la capacitación parental, el mejoramiento de la autoestima) y es probable que sean más atractivas para las personas y el vecindario afectados (Moore et al., 2002). En contraste, las intervenciones que priorizan la reducción de los factores de riesgo implican críticas (focalizadas en lo inadecuado) y comprenden connotaciones negativas (Catalano et al., 2002). No obstante, la relativa falta de conocimiento sobre los factores protectores indica que la focalización exclusiva sobre ellos puede no ser una estrategia óptima. Esto implica que puede ser esencial incluir ambos enfoques, de reducción de los factores de riesgo y de incentivo de los factores protectores, en cualquier programa de intervención holístico efectivo (Farrington, 2000). De hecho, ha habido un movimiento tangible (aunque limitado) dentro del campo de los factores de riesgo, hacia un foco más explícito sobre los factores protectores y los resultados positivos (Catalano et al., 2002; YJB, 2005) y esto se ha evidenciado en Inglaterra y Gales, al menos, a través de políticas gubernamentales tales como “Todo niño importa: cambio para los niños en el sistema de Justicia penal” (DfES, 2003) y “Extendiendo los derechos” (*National Assembly Policy Unit*, 2002).

Evaluando “lo que funciona”: enfoques promisorios versus impacto a largo plazo

Muchos programas de prevención del crimen funcionan. Otros no. La mayoría de los programas no han sido evaluados con suficientes evidencias científicas para sacar conclusiones. (Sherman et al., 1998: 1)

La moderna prevención de la delincuencia está dominada por un foco sobre “lo que funciona” y un compromiso gubernamental declarado de “política basada en la evidencia” (Hughes et al., 2002), si no en la práctica, al menos retórica. La naturaleza inherentemente preventiva y a menudo longitudinal de las iniciativas sostenidas por el RFPP requieren que se efectúen evaluaciones de efectividad en el largo plazo, dado que cualquier impacto puede no manifestarse durante muchos años (Crow et al., 2004). Por ejemplo, el éxito de un esquema de intervención temprana en la prevención de criminalidad futura se mide mejor a través de la demostración prospectiva del comportamiento no delictivo (e incluso

positivo y prosocial) de los receptores de la intervención. Debido a la relativa novedad del RFPP y la política gubernamental asociada en el Reino Unido, los resultados concluyentes de las iniciativas consecuentes no estarán disponibles por varios años. Las evaluaciones existentes sobre intervenciones basadas en el riesgo han estado limitadas en gran medida a la información cuantitativa, de fácil medición,³ sobre la base de que:

... la principal fortaleza de las evaluaciones científicas es que las reglas de la ciencia proporcionan una forma constante y razonablemente objetiva de sacar conclusiones sobre causa y efecto. (Sherman et al., 1998: 3)

No obstante, la evaluación científica rigurosa está “cargada de debates y dificultades epistemológicas, metodológicas y conceptuales” (Crawford, 1998: 197). Una cuestión importante sobre los programas y las evaluaciones establecidas en el RFPP se refiere a la supuesta capacidad del paradigma de identificar las relaciones de causa y efecto entre los factores de riesgo (causas) y la delincuencia juvenil (efecto); así como la posterior capacidad de las intervenciones (causas) de dirigirse a estos factores de riesgo y reducir la delincuencia (efecto). El muy pregonado éxito del RFPP se basa significativamente en evaluaciones que supuestamente han empleado criterios científicos para indicar los programas basados en el riesgo (*Communities that Care* (CtC), *On Track*) como luminosos ejemplos de “lo que funciona” en la prevención de la delincuencia juvenil. En su revisión de los programas de “lo que funciona” en la prevención del crimen y/o la reducción de los factores de riesgo en los Estados Unidos (con fuerte influencia sobre la política y la práctica del Reino Unido en el escenario de la prevención de la delincuencia juvenil), Sherman et al. (1998) reseñaron un sistema de calificación de 5 puntos para medir la validez interna (capacidad para medir causa y efecto) de los programas centrados en el riesgo a través de evaluaciones científicas. La mayoría de los programas basados en el RFPP en el Reino Unido (el *MORI Youth Survey*, el *Youth Lifestyles Survey*, CtC) solo alcanzarían una calificación de nivel uno o dos en esta escala, debido al empleo de un diseño transversal y al no usar un grupo control/de comparación; pero Sherman et al. (1998) requiere que un programa tenga al menos dos evaluaciones de nivel tres (comparación del grupo experimental -receptores del programa- y un adecuado grupo control) para que sea considerado un ejemplo de “lo que funciona”. De hecho, se requiere al menos una evaluación de nivel tres para que un programa siquiera sea considerado “promisorio”. Si se aplican estrictamente los criterios de influencia de Sherman et al., al trabajo del RFPP en el Reino Unido, en el mejor de los casos, muchos programas caerían en la categoría “lo desconocido”; con seguridad no cumplirían la regla de oro

de “lo que funciona” (en el sentido científico) a la que no solo aspiran, sino que se atribuyen y promulgan a los profesionales y diseñadores de políticas.

El énfasis dominante sobre los abordajes “científicos” cuantitativos ignora significativos indicadores más cualitativos (Muncie, 2004) tales como la construcción social del riesgo y las perspectivas de los jóvenes (los significados que asignan al “riesgo” y cómo lo experimentan -ver Armstrong, 2004). El fracaso en comprometerse directamente con las perspectivas y las voces de los jóvenes es considerado por Squires y Stephen (2005) una debilidad fundamental dentro de la justicia juvenil contemporánea y un “déficit democrático” en cualquier estrategia para solucionar la delincuencia juvenil.

Existen cuestiones éticas contemporáneas relacionadas con la forma común de evaluar programas, a saber los “estudios controlados aleatorios” (RCT), en donde los sujetos se asignan aleatoriamente en grupos de control y experimental a los fines de medir el impacto de una intervención sobre sus receptores comparados con no receptores. Cook y Campbell (1979) afirman que el hecho de tratar los programas sociales como si fueran experimentos sociales es totalmente válido, en donde la “sociedad experimental” es una “buena sociedad”. Entonces se pueden emplear los criterios científicos para informar las elecciones políticas. Sin embargo, el ejercicio de un alto grado de control sobre individuos en una situación social es una práctica éticamente cuestionable si el objetivo subyacente es privar a algunos participantes de servicios e información de potencial vital, a fin de medir cualquier efecto deletéreo obtenido (distinto de las preocupaciones metodológicas planteadas antes sobre la aplicabilidad de la experimentación como medida del comportamiento social). Pawson y Tilley (1998: xv-xvi) argumentan que las premisas epistemológicas del experimento socavan su validez (ecológica) en el estudio del comportamiento social. En cambio, recomiendan una filosofía de “realismo científico”, que busca descubrir “lo que funciona, para quién y en qué circunstancias”, de acuerdo con la provisión de intervenciones específicas de grupo y de contexto (ver “Interpretación de la evidencia de los factores de riesgo”).

Análisis: de paradigma a práctica

El RFPP ha ejercido un considerable impacto en la *teorización sobre la delincuencia juvenil* por los diseñadores de políticas y los políticos del Reino Unido, evidenciando un cambio de política que se aleja de los modelos situacionales (reducción de oportunidades) y se acerca a los abordajes evolutivos y sociales de prevención de la delincuencia en los jóvenes. Esto incluye *Youth Inclusion*

Programmes, el programa de actividades *Splash*, el programa de reducción de la delincuencia *On Track*, la encuesta anual de *OCJS*, la *MORI Youth Survey* anual para el YJB, junto con componentes de *Sure Start* y el *Children's Fund*, y las provisiones específicas de la *Children Act* de 2004, la *Criminal Justice Act* de 2003 y *Justice for All* de 2002.

Hay una sensación dominante de optimismo respecto de que las iniciativas establecidas en el RFPP, "progresan" y ofrecen "abordajes promisorios" para apuntalar las estrategias de prevención de la delincuencia juvenil local (Utting, 1999). No obstante, la naturaleza longitudinal y "del mundo real" de la implementación y la evaluación de los programas determina que continuará siendo extremadamente difícil atribuir (con cualquier grado de confianza o validez ecológica) los cambios de comportamiento y los resultados a elementos de los programas de prevención, a pesar de que esta relación se considera vital para superar la brecha entre investigación y práctica (France y Utting, 2005).

El optimismo que rodea el RFPP se ve contenido por las numerosas dificultades de implementación que emergen al aplicar el paradigma en la práctica (Crow et al., 2004), incluyendo los problemas metodológicos y éticos inherentes a la conducción de estudios aleatorios controlados y a identificar las áreas o los grupos de comparación apropiados; las diferentes interpretaciones del concepto de "riesgo" entre los investigadores, profesionales y diseñadores de políticas (France y Utting, 2005); la controversia en curso sobre correlación y causalidad al interpretar los resultados; y la necesidad de evaluación a largo plazo en un campo plagado de fondos insuficientes y el deseo político de soluciones aceptables, de resolución rápida y a corto plazo de problemas complejos. El creciente cuerpo de evidencia evaluativa centrada en cuestiones de implementación y "abordajes promisorios" que demuestran resultados positivos ha dejado de lado la recolección o la consideración de datos del proceso (France y Utting, 2005). Las evaluaciones de las iniciativas CtC y *On Track* ofrecieron varias lecciones destacadas para la provisión y el desarrollo de la intervención centrada en el riesgo, sobre todo que tales modelos son complejos de implementar e interpretar y requieren tiempo y recursos para ser exitosos (Armstrong et al., 2005; France y Crow, 2005; Hine, 2005). En consecuencia, la aplicación y la evaluación del RFPP ha dejado sin respuesta la vital interrogante del impacto y demostró que el paso de la teoría a la práctica está lleno de dificultades (France y Utting, 2005; ver también Pawson y Tilley, 1998).

La agenda política del RFPP

El compromiso necesario para transformar el RFPP en un modelo ejecutable en la práctica del mundo real, se encuentra en marcado contraste con la necesidad acuciante, motivada políticamente, de soluciones a corto plazo logradas mediante financiaciones de tiempo limitado, lo cual por sí mismo induce enfoques insostenibles que son difíciles de implementar y de reducida efectividad (Hine, 2005). El objetivo del RFPP era proporcionar un fundamento intelectual conveniente y la “tecnología” de investigación para implementar provisiones de justicia juvenil, a partir de la *Crime and Disorder Act* de 1998 (Pitts, 2003).

Armstrong (2004) afirma que la aplicación del RFPP planteó importantes cuestiones sobre la naturaleza de la relación entre investigación y políticas. Sostiene que suponer que la investigación tiene un papel influyente en la dirección de las políticas es “puro idealismo”, que a menudo la investigación es dirigida por el gobierno para solucionar problemas ocultos de agenda política que pueden cumplirse a través de la interpretación y la aplicación selectiva de dicha investigación. Incluso podría darse el caso de que la evaluación meramente se “adjuntara al final de una política y se le diera escasa consideración, como si fuera una aclaración final” (Crawford, 1998: 78). Muncie (2004) cita el grado en el que los resultados de las evaluaciones con defectos metodológicos se “emplean sin críticas para informar las políticas” en la búsqueda mal dirigida de una solución universal de la delincuencia juvenil. Este insidioso cambio de cultura de “política basada en la evidencia” a “política informada por la evidencia” ha tenido lugar dentro de un clima de creciente “gubernamentalidad” (Armstrong, 2004; ver también Goldson, 2005). De hecho, France y Utting (2005) llegan hasta a caracterizar la díada investigación-política como generadora de “evidencia basada en la política”, una estrategia adoptada cada vez más para avalar planes gubernamentales preexistentes y justificar, por ejemplo, la política del Reino Unido orientada a frenar la exclusión social (ver Home Office, 2004). Muncie (2004) lo caracteriza como la subordinación de la ciencia al gobierno, donde la ciencia social sirve para legitimar políticas y reasegurar al público en lugar de iluminar y criticar los fines y los medios de las políticas.

Conclusión

El RFPP ha experimentado creciente apoyo y críticas en el Reino Unido, tanto a nivel nacional como local. Los protagonistas afirman que los ejemplos del RFPP carecen de impacto sustantivo demostrable sobre la reducción de la de-

lincuencia y la integración a la práctica con los jóvenes no niega la creciente importancia del paradigma, por ofrecer un nuevo enfoque de la prevención (France y Utting, 2005) al reducir la exposición a riesgos. No obstante, las dificultades experimentadas por las autoridades locales para medir/seleccionar los factores de riesgo e implementar las intervenciones centradas en el riesgo, la persistente ambigüedad que rodea las "cadenas causales" entre los factores de riesgo y la delincuencia (Farrington, 2000), y el perenne debate sobre la validez metodológica, estadística, ética y práctica de la búsqueda de "causas" y "predictores" continúa planteando interrogantes respecto de la fortaleza de los ejercicios de evaluación y la utilidad del RFPP para informar políticas y prácticas en el Reino Unido.

Notas

1. En una nota relacionada, ciertos factores de riesgo y protectores pueden ejercer niveles ampliamente diferentes de influencia en distintos países, ciudades/localidades e incluso áreas dentro de ciudades. Por ejemplo, los jóvenes de países divididos por la guerra y asolados por la pobreza pueden citar a la privación extrema (por ejemplo, falta de dinero, alimentos, refugio) como principales factores de riesgo que precipitan la delincuencia instrumental y adaptativa (cometen delitos para sobrevivir). Además, la nueva ola de migración a diversos países (por ejemplo, el Reino Unido, Francia) puede atribuir diferente relevancia a los factores de riesgo y protectores establecidos, al priorizar otros posibles factores de riesgo soslayados, tales como el prejuicio y la discriminación.
2. Por ejemplo, el estudio de Cambridge (West y Farrington, 1973) investigó la relación entre riesgo y delincuencia considerando 150 factores de riesgo potenciales, antes de que finalmente Farrington acordara una cifra de 39 factores de riesgo con influencia, cada uno de los cuales había sido identificado como indicador estadísticamente significativo de delincuencia futura (ver Farrington, 2002). En su amplia revisión de la investigación sobre factores de riesgo para el YJB, Communities that Care analizó 22 factores que habían sido señalados por diversas fuentes como influyentes sobre la delincuencia juvenil, y los redujeron a una lista de 14 factores (Anderson et al., 2001).

3. Sin embargo, el programa de reducción de la delincuencia On Track ni siquiera intentó auditar los riesgos como medios de informar y guiar las prioridades locales, y prefirió seleccionar y recomendar las intervenciones de investigaciones preexistentes (ver France y Utting, 2005).

Referencias

- Anderson, B., Beinart, S., Farrington, D.P., Longman, J., Sturgis, P. y Utting, D. (2001) *Risk and Protective Factors Associated with Youth Crime and Effective Interventions to Prevent It*. London: Youth Justice Board.
- Andrews, D.A. and Bonta, J. (1998) *The Psychology of Criminal Conduct*. Cincinnati, OH: Anderson.
- Armstrong, D. (2004) 'A Risky Business? Research, Policy, Governmentality and Youth Offending', *Youth Justice* 4(2): 100–16.
- Armstrong, D., Hine, J., Hacking, S., Armaos, R., Jones, R., Klessinger, N. y France, A. (2005) *Children, Risk and Crime: The On Track Youth Lifestyles Surveys*, HORS 278. London: Home Office.
- Audit Commission (1996) *Misspent Youth: Young People and Crime*. London: Audit Commission
- Bessant, J., Hil, R. y Watts, R. (2003) *Discovering Risk: Social Research and Policy Making*. New York: Peter Lang.
- Budd, T., Sharp, C., Mayhew, P. (2005) *Offending in England and Wales: First Results from the 2003 Crime and Justice Survey*, HORS 275. London: Home Office.
- Catalano, R.F. and Hawkins, J.D. (1996) 'The Social Development Model: A Theory of Anti-social Behaviour', en J. Hawkins (ed.) *Delinquency and Crime: Current Theories*, pp. 149–97. Cambridge: Cambridge University Press.
- Catalano, R.F., Berglund, L.M., Ryan, J.A.M., Lonczak, H.S. y Hawkins, D.J. (2002) 'Positive Youth Development in the United States', *Prevention and Treatment* 5: Article 15.
- Christie, N. (1993) *Crime Control as Industry*. Nueva York: Architectural Book Publishing Company.
- Comisión Auditora (1996) *Misspent Youth: Young People and Crime*. London: Comisión Auditora
- Cook, T.D. y Campbell, D.T. (1979) *Quasi-experimentation: Design and Analysis for Field Settings*. Chicago: Rand McNally.

- Crawford, A. (1998) *Crime Prevention and Community Safety: Politics, Policies and Practices*. London: Longman.
- Crow, I., France, A., Hacking, S. and Hart M. (2004) Does CTC Work? The Evaluation of Three Communities that Care Demonstration Projects. York: Joseph Rowntree Foundation.
- Currie, E. (1985) *Confronting Crime: An American Challenge*. New York: Pantheon.
- DfES (2003) *Every Child Matters*. Nottingham: DfES.
- Farrington, D.P. (2000) 'Explaining and Preventing Crime: The Globalization of Knowledge', *Criminology* 38(1):1–24.
- Farrington, D.P. (2002) 'Developmental Criminology and Risk-focused Prevention', en M. Maguire, R. Morgan and R. Reiner (eds) *The Oxford Handbook of Criminology*, pp. 657–701. Oxford: Oxford University Press.
- Farrington, D.P. (2007) 'Childhood Risk Factors and Risk-Focussed Prevention', en M. Maguire, R. Morgan and R. Reiner (eds), *The Oxford Handbook of Criminology*, pp. 602–40. Oxford: Oxford University Press.
- Feeley, M.M. y Simon, J. (1994) 'Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law', en D. Nelken (ed.) *The Futures of Criminology*. London: SAGE.
- Fergusson, D.M., Horwood, L.J. y Lynskey, M.T. (1993) 'The Effects of Conduct Disorder and Attention Deficit in Middle Childhood on Offending and Scholastic Ability at Age 13', *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 34: 899–916.
- Field, A. (2000) *Discovering Statistics: Using SPSS for Windows*. London: SAGE.
- Flood-Page, C., Campbell, S., Harrington, V., y Miller, J. (2000) *Youth Crime: Findings from the 1998/99 Youth Lifestyles Survey*, Home Office Research Study 209. London: Home Office.
- France, A. y Crow, I. (2005) 'Using the "Risk Factor Paradigm" in Prevention: Lessons from the Evaluation of Communities that Care', *Children and Society* 19: 172–84.
- France, A. y Homel, R. (2007) *Pathways and Crime Prevention*. Cullompton: Willan Publishing.
- France, A. y Utting, D. (2005) 'The Paradigm of "Risk and Protection Focused Prevention" and its Impact on Services for Children and Families', *Children and Society* 19: 77–90.

- Goldson, B. (2000) 'Wither Diversion? Interventionism and the New Youth Justice', en B. Goldson (ed.) *The New Youth Justice*. Lyme Regis: Russell House.
- Goldson, B. (2005) 'Taking Liberties: Policy and the Punitive Turn', en H. Hendrick (ed.) *Child Welfare and Social Policy*. Bristol: The Policy Press.
- Goldson, B. and Muncie, J. (2006) 'Critical Anatomy: Towards a Principled Youth Justice', in B. Goldson and J. Muncie (eds) *Youth Crime and Justice*. London: SAGE.
- Graham, J. and Bowling, B. (1995). *Young People and Crime*, Home Office Research Study 145. London: Home Office.
- Harrison, R. y Wiles, C. (2005) *Working with Young People*. London: SAGE.
- Hill, R., Jones, S., Roberts, C. y Baker, K. (2004) An evaluation of the early application and piloting of RYOGENS. Oxford: Oxford University Press.
- Hine, J. (2005) 'Early Multiple Intervention: A View from On Track', *Children and Society* 19:117–30.
- Homel, R. (2005) 'Developmental Crime Prevention', en N. Tilley (ed.) *Handbook of Crime Prevention and Community Safety*, pp. 71–106. Cullompton: Willan Publishing.
- Hudson, B. (2003) *Justice in the Risk Society*. London: SAGE.
- Hughes, G., McLaughlin, E. and Muncie, J. (2002) *Crime Prevention and Community Safety: New Directions*. London: SAGE.
- Lupton, D. (1999) *Risk*. Nueva York: Routledge.
- Lynam, D.R., Caspi, A., Moffitt, T.E., Wikstrom, P.O., Loeber, R. y Novak, S.P. (2000). 'The Interaction Between Impulsivity and Neighbourhood Context on Offending', *Journal of Abnormal Psychology* 109: 563–74.
- Home Office (2004) *The State of Play: Positive Futures Progress Report*. London: Home Office.
- Moore, K.A., Zaff, J.F. y Hair, E. (2002) 'Research and Evaluation to Serve the Public', *Prevention and Treatment* 5: Article 3.
- Muncie, J. (2004) *Youth and Crime*. London: SAGE.
- National Assembly Policy Unit (2002) *Extending Entitlement: Support for 11 to 25 year olds in Wales. Direction and Guidance*. Cardiff: NAW.
- Pawson, R. y Tilley, N. (1998) *Realistic Evaluation*. London: SAGE.

- Pitts, J. (2003) *The New Politics of Youth Crime: Discipline or Solidarity?* Lyme Regis: Russell House.
- Sherman, L., Gottfredson D., MacKenzie, D., Eck, J., Reuter, P. y Bushway, S. (1998) *Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What's Promising*. Baltimore: University of Maryland.
- Silver, E. and Miller, L.L. (2002) 'A Cautionary Note on the Use of Actuarial Risk Assessment Tools for Social Control', *Crime and Delinquency* 48(1): 138–61.
- Smith, D. y McAra, L. (2004) *Gender and Youth Offending*. Edimburgh: University of Edimburgh.
- Smith, R. (2006) 'Actuarialism and Early Intervention in Contemporary Youth Justice', en B. Goldson and J. Muncie (eds) *Youth Crime and Justice*. London: SAGE.
- Squires, P. y Stephen, D.E. (2005) *Rougher Justice: Anti-social Behaviour and Young People*. Cullompton: Willan Publishing.
- Utting, D. (1999) *A Guide to Promising Approaches*. London: Communities that Care.
- Wasserman, G.A. y Seracini, A.M. (2001) 'Family Risk Factors and Interventions', en D.P. Farrington and R. Loeber (eds) *Child Delinquents: Development, Intervention and Service Needs*, pp. 165–90. London/Los Angeles: SAGE.
- West, D.J. y Farrington, D.P. (1973) *Who Becomes Delinquent?* London: Heinemann.
- Wikstrom, P.-O. (1998) *Patterns of Crime in a Birth Cohort*. Stockholm: University of Stockholm.
- Wikstrom, T. y Loeber, R. (1998) 'Individual Risk Factors, Neighbourhood SES and Juvenile Offending', en M. Tonry (ed.) *The Handbook of Crime and Punishment*. New York: OUP.
- YJB (2005) *Role of Risk and Protective Factors*. London: YJB.

Kevin Haines es Profesor Adjunto de Criminología y Justicia Juvenil y **Stephen Case** es Profesor de Criminología en la Universidad de Swansea, Gales.

VI. Paradigma del desistimiento para la gestión de delincuentes*

Fergus McNeill

Universidades de Glasgow y Strathclyde

Resumen

En un influyente artículo publicado en *British Journal of Social Work* en 1979, Anthony Bottoms y Bill McWilliams, propusieron adoptar un “paradigma de no tratamiento” para la práctica de la probation. Su argumento se basaba en un cuidadoso y considerado análisis, no sólo de la evidencia empírica sobre la ineffectividad del tratamiento de rehabilitación, sino también de cuestiones teóricas, morales y filosóficas de dichas intervenciones. Hacia 1994, la evidencia emergente sobre la efectividad potencial de algunos programas de intervención fue suficiente para llevar a Peter Raynor y Maurice Vanstone a sugerir significativas revisiones del “paradigma de no tratamiento”. En el presente artículo, se argumenta que una forma diferente, pero igualmente relevante de evidencia empírica, la derivada de estudios del desistimiento, sugiere la necesidad de reevaluar esos paradigmas iniciales para la práctica de la probation. Esta reevaluación también es requerida por la forma en la cual comprendemos y planteamos teorías sobre el propio desistimiento y el papel que los profesionales penales podrían desempeñar en su apoyo. Por último, estos argumentos empíricos y teóricos nos retrotraen a las complejas interfaces entre las cuestiones técnicas y morales que preocupaban a Bottoms y McWilliams, y que adquirirían características más prominentes en los debates contemporáneos sobre el futuro de la “gestión de delincuentes” y de nuestros sistemas penales.

* Publicado el 2006 en *Criminology & Criminal Justice* Vol: 6(1): 39-62, doi: 10.1177/1748895806060666. Traducción: Carmen Gloria Olivero. Revisión y edición: Gonzalo Berrios. Agradecemos al profesor Fergus McNeill y a Valérie Bernad, de SAGE Publications Ltd, la autorización para traducir y publicar este artículo.

Palabras clave

Desistimiento • efectividad • ética • gestión de delincuentes • paradigma de no tratamiento • probation

Introducción

Los analistas críticos de la historia de las ideas en el servicio de probation, han reseñado las diversas reconstrucciones de la práctica de la misma, que acompañó a los cambios de las teorías, las políticas y las sensibilidades penales. El más conocido, McWilliams (1983, 1985, 1986, 1987), describió las transformaciones de la probation desde un esfuerzo misionero dirigido a salvar almas, hasta un intento profesionalizado dirigido a “curar” al delincuente a través de un tratamiento de rehabilitación e, incluso, hasta un esfuerzo pragmático tendiente a proporcionar alternativas a la detención y ayuda práctica para los delincuentes (ver también Vanstone, 2004). Comentaristas más recientes han sugerido transformaciones posteriores a la práctica de probation, relacionadas primero con el relanzamiento, en Inglaterra y Gales, como “castigo en la comunidad”, y luego con su creciente foco sobre la gestión del riesgo y la protección pública (Robinson y McNeill, 2004).

En cada una de estas etapas de la historia de la probation, los profesionales, académicos y otros comentaristas han buscado articular nuevos paradigmas para la práctica de probation. Si bien gran parte del debate sobre los méritos de estos paradigmas, se ha centrado sobre cuestiones empíricas respecto de la eficacia de diferentes enfoques del tratamiento y el manejo de los delincuentes, los paradigmas de la probation también reflejan, en forma implícita o explícita, la evolución filosófica y sociológica del castigo. Los orígenes de este artículo son similares en cuanto al ímpetu inicial del desarrollo de un paradigma del desistimiento para la “gestión del delincuente”¹ emergido de revisiones de la investigación sobre el desistimiento (McNeill, 2003) y, más específicamente, de los hallazgos de algunos estudios recientes particularmente importantes (Burnett, 1992; Rex, 1999; Maruna, 2001; Farrall, 2002). No obstante, el examen más exhaustivo de algunos aspectos de la investigación sobre el desistimiento, también sugieren un modelo normativo para un nuevo paradigma; de hecho, parte de la evidencia empírica parece transformar ciertas “virtudes prácticas” en una necesidad. Como podría decirse que estas virtudes están declinando, debido a la relevancia dada al riesgo y la protección pública en la justicia penal contemporánea, sería oportuno y necesario el desarrollo del modelo para un paradigma del desistimiento.

Con ese fin, la estructura del presente artículo es la siguiente: comienza con resúmenes de dos paradigmas importantes para la práctica de la probation, el “paradigma de no tratamiento” (Bottoms y McWilliams, 1979) y el “paradigma revisado” (Raynor y Vanstone, 1994). El artículo luego continúa con un análisis del modelo teórico y empírico emergente para un paradigma de desistimiento. Esta sección se perfila no solo sobre los hallazgos de los estudios de desistimiento, sino también sobre recientes estudios de la efectividad de diferentes enfoques para asegurar el “cambio personal”, en general, y sobre recientes desarrollos en la bibliografía de “lo que funciona”, en particular. Luego se adelanta el modelo ético para un paradigma del desistimiento no sólo a la luz de la evidencia empírica sobre la necesidad práctica de ciertos modos de práctica ética, sino también a la luz de los desarrollos en la filosofía del castigo, sobre todo las ideas asociadas con el trabajo de los “nuevos rehabilitacionistas” (Lewis, 2005) y con la teoría de las “comunicaciones penales” de Anthony Duff (Duff, 2001, 2003). En el análisis de la conclusión, intentaré diagramar algunos de los parámetros de un paradigma del desistimiento, si bien este artículo pretende ser más un intento por estimular el debate sobre su desarrollo que definir categóricamente sus características.

Cambio de paradigmas para la práctica de la probation

En sus escritos de fines de la década de 1970, Bottoms y McWilliams declararon la necesidad de un nuevo paradigma para la práctica de la probation, un paradigma que “sea teóricamente riguroso, que tome muy en serio las limitaciones del modelo de tratamiento, pero que busque redirigir los objetivos y valores tradicionales del servicio de probation en el nuevo contexto penal y social” (1979: 167).

Bottoms y McWilliams propusieron su paradigma contra el telón de una visión prevalente de que el tratamiento había sido desacreditado tanto en lo empírico como en lo ético. Aunque no revisaron los aspectos empíricos con gran detalle, se refirieron a varios estudios (Lipton et al., 1975; Brody, 1976; Greenberg, 1976) para establecer la amplia conclusión de que “los resultados espectaculares de la reforma son difíciles de descubrir y suelen estar ausentes” (Bottoms y McWilliams, 1979: 160). También destacaron las inadecuaciones teóricas del modelo de tratamiento, al observar varios errores en la analogía entre intervenciones de probation y tratamiento médico; primero, el delito es voluntario y la enfermedad no; segundo, el delito no es patológico en sentido directo; y tercero, los modelos de tratamiento individual dejan de lado las causas sociales del delito. Lo que es peor aún, el hecho de dejar de lado estos errores produjo problemas

éticos; los autores argumentaron que la confianza excesiva en las perspectivas de lograr cambios a través del tratamiento había permitido a sus propulsores coaccionar a los delincuentes para que ingresaran a las intervenciones (dado que quien proporcionaba el tratamiento era un experto que sabía lo que era mejor) e ignorar la visión de los delincuentes sobre su propia situación (dado que los delincuentes eran víctimas de su propia falta de perspicacia). Lo que era quizás más insidioso, dentro de esta ideología, era que se podía justificar el tratamiento coaccionado *en el propio mejor interés del delincuente*. Bottoms y McWilliams también percibieron un importante “conflicto implícito entre el determinismo implicado en el diagnóstico y el tratamiento, y el principio de autodeterminación del cliente frecuentemente destacado en el trabajo de casos” (1979:166). ¿De qué manera pueden los delincuentes ser simultáneamente los objetos sobre los cuales operan fuerzas psicológicas, físicas y sociales (como implica el término diagnóstico) y los autores de sus propios futuros (como requiere el principio de autodeterminación)?

La esperanza de Bottoms y McWilliams era que, al exponer las debilidades del paradigma del tratamiento, permitirían un renacimiento de los valores centrales tradicionales del servicio de probation, de esperanza y respeto por las personas. Sugirieron que los cuatro objetivos primarios del servicio “son y han sido:

1. Proveer ayuda adecuada a los delincuentes
2. Proveer supervisión legal a los delincuentes
3. Sustraer a los delincuentes adecuados de las sentencias en prisión
4. Reducir la delincuencia” (1979:168).

El análisis de los primeros dos objetivos es de máxima relevancia aquí. No obstante, vale la pena observar primero que, para Bottoms y McWilliams, el problema con el modelo de tratamiento era que presuponía que el cuarto objetivo debía lograrse a través de la consecución de los primeros tres; presunción que ellos sugerían no podía ser sostenida empíricamente.²

Respecto de la provisión de ayuda en oposición a tratamiento, Bottoms y McWilliams rechazaban la “objetivación” de los delincuentes implicados en la “relación del trabajo de casos”, donde el delincuente se transforma en un objeto a tratar, curar o controlar dentro y a través de la política social y la práctica profesional. Los autores sugerían que una consecuencia de esta objetivación es que la formulación de los planes de tratamiento dependen del experto; el abordaje está esencialmente “centrado en el funcionario”. En contraste, Bottoms y McWilliams (1979:173) sugirieron que en el paradigma de no tratamiento:

a) Tratamiento	<i>se transforma en:</i>	Ayuda
b) Diagnóstico	<i>se transforma en:</i>	Evaluación compartida
c) La necesidad dependiente del cliente como base del trabajo social	<i>se transforma en:</i>	Tarea definida en colaboración como base para el trabajo social

En esta formulación, “ayuda” incluye, pero no se limita a ayuda material; la probation puede continuar solucionando las dificultades emocionales o psicológicas, pero ya no es su razón de ser. En el sentido crítico, la prueba de cualquier técnica de intervención propuesta es que debe ayudar al cliente. Bottoms y McWilliams (1979: 174) repudian explícitamente cualquier afirmación de que el modelo de ayuda sería beneficioso para reducir la delincuencia.³

Una vez reconcebida la práctica de la probation como ayuda, en lugar de tratamiento, el análisis de Bottoms y McWilliams sobre el segundo objetivo de la probation, la supervisión legal de los delincuentes, exploró las tensiones implícitas entre ayuda y vigilancia. Aceptando que los funcionarios de la probation son agentes “de aplicación de la ley”, además de auxiliares, se basaron en un artículo de Raynor (1978) que argumentaba respecto de la crucial diferencia entre coerción y compulsión; “la elección bajo compulsión es moralmente aceptable; la coerción manipuladora, no” (Bottoms y McWilliams, 1979: 177). Siguiendo a Raynor, sugirieron que darle sentido a esta distinción requería que los funcionarios de la probation, dentro de las restricciones de la orden de probation, buscaran activamente maximizar el área de elección del delincuente. En consecuencia, su paradigma invocaba una distinción entre el requisito obligatorio impuesto por el tribunal (con el consentimiento restringido del delincuente) y el contenido sustantivo del proceso de ayuda. En esta última relación, el “cliente” debería tener libertad de elección en cuanto a aceptar o rechazar la ayuda, sin temor a ulteriores sanciones. Planteado de otra forma, la autoridad de la supervisión deriva del tribunal, pero la autoridad de la ayuda reside en el delincuente. Para Bottoms y McWilliams esto requería que el (entonces) requisito legal del consentimiento de los acusados a la probation y el servicio comunitario debía ser tomado con mucha mayor seriedad; de hecho, sugirieron que a fin de evitar la ayuda obligatoria originada de una recomendación de probation, se debía requerir el consentimiento del acusado para tales recomendaciones. Sin consentimiento, no se debía hacer tal recomendación.

Quince años más tarde, Peter Raynor y Maurice Vanstone (1994) argumentaron que el paradigma de no tratamiento –un paradigma que claramente consideraban bien merecedor de la influencia que había ejercido en los años interme-

dios— sin duda requería una revisión. El resurgimiento del optimismo respecto de la potencial efectividad de algunas formas de “tratamiento” llevó a Raynor y Vanstone a argumentar que los cimientos del paradigma de no tratamiento, “construidos como estaban de una mezcla de dudas y escepticismo sobre el potencial reductor de la delincuencia de la rehabilitación, habían resquebrajado la estructura” (1994: 396):

Al desacoplar la “ayuda a los delincuentes” de la “reducción del delito”, el paradigma se ve impedido de explorar si el trabajo con los individuos respecto de su manera de pensar, su comportamiento y sus actitudes tiene alguna relevancia sobre la reducción del delito. El conocimiento actual de la investigación sobre la efectividad necesita, en consecuencia, redefinir el concepto de ayuda adecuada en una forma que retenga el principio de colaboración, y el acento sobre las necesidades del cliente, pero que incorpore la práctica informada centrada sobre la forma de influenciar y ayudar a los individuos para frenar la delincuencia... Esto no restaría la necesidad de solucionar el contexto social y económico del delito. (Raynor y Vanstone, 1994: 398)

Es obvio que Raynor y Vanstone (1994) no abogaban por el retorno de un paradigma de tratamiento; más bien, en su análisis de los “programas” de intervención, rechazan explícitamente la dicotomización de Bottoms y McWilliams en tratamiento y ayuda. Más específicamente, Raynor y Vanstone cuestionaban la presunción de que las críticas de los abordajes psicodinámicos por “incluir la coerción disimulada, la negación de los puntos de vista de los clientes, la objetivación de las personas, y una demostrable falta de efectividad cuando se aplicaba a los delincuentes” (1994: 399) podían aplicarse igualmente a todas las formas de tratamiento. Argumentaban que esta falsa presunción llevó a Bottoms y McWilliams a “ignorar otras bases posibles de intervención fuera del ‘modelo médico’ y alentaron al lector a identificar todos los intentos por influir sobre los delincuentes con un tratamiento éticamente objetable” (Raynor y Vanstone, 1994: 400).

Otro problema crucial con el “paradigma de no tratamiento” se refería al abandono de sus víctimas. Los argumentos de criminólogos realistas de izquierda (Young, 1988) persuadieron a Raynor y Vanstone (1994) de que el valor tradicional de la probation de “respeto por las personas” debía incluir a las víctimas reales y potenciales de la delincuencia. A su vez, esto implicaba que el grado hasta el cual se podía respetar la elección del cliente (es decir, el delincuente), y se le podía ofrecer ayuda incondicional, tenía algunas limitaciones necesarias; en esencia, la probation debía aceptar una obligación de trabajar para reducir los daños causados por el delito, además de los males que lo provocaron. Por lo tanto:

La ayuda compensatoria y el empoderamiento de los delincuentes son una respuesta adecuada en situaciones en las que los individuos han tenido escasa oportunidad de evitar el delito, pero su objetivo no es simplemente ampliar las elecciones del delincuente: incluye hacerlo de una manera coherente con una meta más amplia de reducción de la delincuencia. Dicha meta no es simplemente en interés de los poderosos: si bien la justicia penal en una sociedad desigual refleja y es distorsionada por sus desigualdades, los menos poderosos sufren algunas de las clases más comunes de delincuencia y tienen mayor necesidad de ser protegidos de ella. (Esto incluye, obviamente, a muchos delincuentes que a su vez son víctimas de delitos...) (Raynor y Vanstone, 1994: 401)

Raynor y Vanstone (1994: 402) concluyeron adaptando el resumen esquemático de Bottoms y McWilliams (1979) de su paradigma:

a) Ayuda	<i>se transforma en:</i>	Ayuda coherente con un compromiso de reducción del daño
b) Evaluación compartida:	<i>se transforma en:</i>	Diálogo explícito y negociación que ofrecen oportunidades de consentimiento informado para involucrarse en un proceso de cambio
c) Tarea definida en colaboración como base para el trabajo social	<i>se transforma en:</i>	Tarea definida en colaboración, relevante para las necesidades generadoras de delitos, y potencialmente efectiva para cubrirlas

En términos de cambio organizacional y desarrollo de la práctica, los 10 años siguientes a la publicación del artículo de Raynor y Vanstone (1994) han sido aún más tumultuosos que los años entre la publicación del paradigma de no tratamiento y su revisión. La reseña de estos cambios excede el alcance del presente artículo (ver Nellis, 1999; Raynor y Vanstone, 2002; Mair, 2004; Robinson y McNeill, 2004). De hecho, dado que el objetivo del presente artículo es considerar cómo *debería* ser reinterpretada la práctica del manejo del delincuente a la luz de la investigación sobre el desistimiento, hay cierto mérito en ignorar cómo ha sido reinterpretado por razones más políticas y pragmáticas. Dicho esto, es necesario comentar dos desarrollos particulares.

El primero se relaciona con los cambios de las formulaciones de los objetivos de la probation desde la publicación de los primeros paradigmas. Sin entrar en

los debates actuales sobre volver a lanzar los objetivos de la probation al sur de la frontera (ver Robinson y McNeill, 2004; Worrall y Hoy, 2005), es suficiente establecer que, a diferencia de las cuatro metas reseñadas por Bottoms y McWilliams –metas que aún no habían sido refutadas por Raynor y Vanstone en 1994, el nuevo Servicio Nacional de Gestión de Delincuentes, que incluye prisiones y probation, existe para *gestionar* a los delincuentes, y al hacerlo, proveer un *servicio* al público “obediente de la ley”. Sus objetivos son castigar a los delincuentes y reducir la reincidencia (Blunkett, 2004: 10).

El segundo desarrollo se refiere a la aplicación de un enfoque particular al desarrollo de la práctica efectiva de la probation en Inglaterra y Gales en la forma de la iniciativa de “lo que funciona” (McNeill, 2001, 2004a). En efecto, esta iniciativa incluye la imposición desde el centro de un paradigma implícito de “lo que funciona” a la práctica de la probation. Nuevamente los debates sobre las características, las implicancias y los defectos de este paradigma son complejos (ver Mair, 2004). No obstante, quizás la forma más sencilla de resumir el paradigma es sugerir una ulterior revisión de la adaptación por Raynor y Vanstone (1994) del resumen esquemático de Bottoms y McWilliams (1979):

a) Ayuda coherente con un compromiso de reducción de daño	<i>se transforma en:</i>	Intervención requerida para reducir la reincidencia y proteger al público
b) Diálogo explícito y negociación que ofrecen oportunidades de consentimiento informado para involucrarse en un proceso de cambio	<i>se transforma en:</i>	Evaluación profesional de riesgo y necesidades, gobernada por la aplicación de instrumentos estructurados de evaluación
c) Tarea definida en colaboración, relevante para las necesidades criminogénicas, y potencialmente efectiva para cubrirlas	<i>se transforma en:</i>	Participación obligatoria en programas estructurados y procesos de gestión de casos para tratar las necesidades criminogénicas -como elementos necesarios de las órdenes legales impuestas sin considerar el consentimiento

Argumentos teóricos y empíricos para un paradigma del desistimiento⁴

Un problema fundamental, y quizás inevitable, del paradigma de no tratamiento, el paradigma revisado y el paradigma de “lo que funciona” es que comienzan en el sitio equivocado; es decir, comienzan pensando cómo construir la *práctica* (ya sea “tratamiento”, “ayuda” o “programas”) sin pensar primero cómo comprender el *cambio*. Para Bottoms y McWilliams (1979)

esta omisión tiene cierto sentido, dado que partían de la premisa de que las perspectivas de una práctica para asegurar el cambio *individual* eran sombrías. Sin embargo, para Raynor y Vanstone (1994), y para el paradigma prevalente de “lo que funciona”, el problema es más grave; dado su razonable optimismo sobre las perspectivas de la rehabilitación individual, la ausencia de una teoría bien desarrollada sobre *cómo* tiene lugar la misma es más problemática.⁵

Cómo entender el desistimiento

El proceso de cambio involucrado en la rehabilitación de los delincuentes es el desistimiento de la delincuencia. El débil impacto que ha tenido la investigación del desistimiento sobre las políticas y la práctica hasta ahora es a la vez sorprendente y problemático, debido a que el conocimiento sobre los procesos de desistimiento es claramente esencial para nuestro conocimiento de *cómo* y *por qué* ex delincuentes logran modificar sus conductas. De hecho, la interpretación del conocimiento sobre los procesos humanos y los contextos sociales en los cuales y a través de los cuales tiene lugar el desistimiento es un precursor necesario para desarrollar paradigmas prácticos; planteado de otra manera, las construcciones de prácticas deberían estar incorporadas en el conocimiento del desistimiento.

Las implicaciones de dicha incorporación son significativas y de largo alcance. Maruna et al. (2004) trazan un paralelo con un cambio relacionado en el campo de las adicciones, alejándose de la noción de tratamiento y acercándose al concepto de recuperación, al citar un influyente ensayo de William White (2000):

El tratamiento nació como un adjunto de la recuperación, pero a medida que el tratamiento creció en tamaño y status, definió a la recuperación como su propio adjunto. La perspectiva original es necesario recapturarla. Las instituciones de tratamiento necesitan nuevamente transformarse en sirvientes del proceso más amplio de recuperación y de la comunidad en la cual la recuperación tiene su nido y su sostén. . . (White, 2000, citado en Maruna et al., 2004: 9)

Aunque el lenguaje de la recuperación puede ser inadecuado en relación con los delincuentes, si se acepta que implica un modelo médico y que sugiere un estado previo de bienestar que puede nunca haber existido para muchos, la analogía no deja de ser elocuente. En términos simples implica que los servicios de gestión de delincuentes deben pensar en sí mismos menos como proveedores de tratamiento correccional (que pertenece a los expertos) y más

como soportes del proceso de desistimiento (que pertenece al que desiste). En algunos aspectos, este cambio de perspectiva, al volver a enfatizar el punto de vista del delincuente, podría revigorizar el rechazo del paradigma de no tratamiento de la objetivación del “cliente” y de la elevación del “terapista”. No obstante, no lo hace al rechazar el “tratamiento” en sí, sino al considerar la intervención profesional, en cierto sentido, accesorio de un proceso más amplio que pertenece a quien desiste.

Antes de continuar, hay que agregar algo más sobre cómo se deben comprender y teorizar los procesos del desistimiento. Maruna (2001) identifica tres amplias perspectivas teóricas en la bibliografía sobre el desistimiento: reforma maduracional, teoría de los vínculos sociales y teoría narrativa. Las teorías de la reforma maduracional (u “ontogénicas”) son las más antiguas y se basan en los lazos establecidos entre la edad y ciertos comportamientos delictivos, en particular delitos callejeros. Las teorías de los vínculos sociales (o “sociogénicas”) sugieren que los lazos con la familia, el empleo o los programas educativos en el adulto joven explican cambios en la conducta delictiva durante el curso de la vida. Cuando estos lazos existen, crean un interés en la conformidad, una razón para “ir derecho”. Cuando están ausentes, los delincuentes tienen menos que perder al continuar delinquiendo. Las teorías narrativas emergieron de una investigación más cualitativa, que acentúa el significado de cambios subjetivos en el sentido de lo propio y la identidad de la persona, reflejados en cambios de motivaciones, mayor preocupación por los demás y más consideración por el futuro.

Al reunir estas perspectivas, Farrall destaca el significado de las relaciones entre cambios “objetivos” en la vida del delincuente y su evaluación “subjetiva” del valor o el significado de estos cambios:

...la bibliografía sobre el desistimiento señala un rango de factores asociados con el final del compromiso activo en la delincuencia. La mayor parte de estos factores se relaciona con la adquisición de “algo” (por lo general un empleo, una pareja o una familia) que quien desiste valoriza de alguna manera y que inicia una reevaluación de su propia vida... (Farrall, 2002: 11)

En consecuencia, el desistimiento reside en algún lugar de las interfaces entre el desarrollo de la madurez personal, el cambio de los vínculos sociales asociados con ciertas transiciones de la vida, y las construcciones narrativas subjetivas individuales que los delincuentes construyen alrededor de estos eventos y cambios claves. No es que importen los eventos y cambios, es lo que estos eventos y cambios *significan* para las personas involucradas.

Claramente, este conocimiento implica que el propio desistimiento no es un evento (como curar de una enfermedad) sino un *proceso*. El desistimiento se refiere necesariamente al cese de la delincuencia y luego abstenerse de delinquir durante un período prolongado (para un análisis más detallado, ver Maruna, 2001; Farrall, 2002; Maruna y Farrall, 2004). Maruna y Farrall (2004) sugieren la utilidad de distinguir el *desistimiento primario* (lograr un periodo sin delitos) del *desistimiento secundario* (un cambio subyacente de la identidad propia, donde el ex delincuente se rotula a sí mismo como tal). Si bien Bottoms et al. (2004) plantearon algunas dudas sobre el valor de esta distinción sobre la base de que puede exagerar la importancia de los cambios cognitivos que no necesariamente *siempre* acompañan al desistimiento, parece probable que cuando quienes manejan al delincuente tratan con delincuentes persistentes (anteriormente), la distinción puede ser útil; de hecho, en estos casos su papel puede ser interpretado como favorecedor, de soporte y de apoyo al desistimiento secundario siempre que sea posible.

Además, puede hallarse más aval empírico de la noción de desistimiento secundario (y su utilidad) en el estudio de Burnett (1992) sobre los esfuerzos por desistir entre 130 adultos delincuentes contra la propiedad liberados de prisión. Burnett observó que mientras ocho de diez, entrevistados antes de la liberación, desean “andar derecho”, seis de diez luego informaban reincidencia después de la liberación. Para muchos, la intención de obedecer la ley era provisoria en el sentido de que no representaba una predicción confiable; solo uno de cuatro informó que definitivamente podría desistir. Cabe destacar que Burnett descubrió que los más confiados y optimistas sobre desistir tenían más éxito en su propósito. Para los demás, la “naturaleza provisoria de las intenciones reflejaba dificultades sociales y problemas personales que los hombres debían enfrentar” (Burnett, 2000: 14). El hecho de que esto implique la necesidad de que las intenciones de desistir estén basadas en cambios de identidad puede estar avalado por los hallazgos de Burnett sobre diferentes tipos entre quienes desisten. La autora diferenció tres categorías: “no iniciadores”, quienes negaban categóricamente ser “verdaderos delincuentes”, y de hecho tenían menos sentencias que los demás; “los evitadores”, para los cuales mantenerse fuera de prisión era el objetivo principal; y los “conversos”, que parecían haber decidido que el costo de la delincuencia superaba los beneficios. De hecho, los conversos eran:

...los más resueltos y seguros de quienes desistían. Habían encontrado nuevos intereses que requerían de toda su atención e invertido su sistema de valores: una pareja, un niño, un buen trabajo, una nueva vocación. Eran logros que no

estaban preparados para poner en peligro, o que superaban cualquier interés o necesidad de delinquir contra la propiedad. (Burnett, 2000: 14)

Si bien Burnett observa que, para la mayor parte de los hombres incluidos en su estudio, los procesos de desistimiento se caracterizaban por la ambivalencia y la vacilación, la inversión de los sistemas de valores y los nuevos intereses que ocupaban toda la atención, característicos de los “convertos”, parecen implicar el tipo de cambios de identidad invocados en la noción de desistimiento secundario.

El estudio de Maruna (2001) ofrece una contribución particularmente importante al conocimiento del desistimiento secundario al explorar las dimensiones subjetivas del cambio. Maruna comparó los “guiones” narrativos de 20 personas que persistieron y de 30 personas que desistieron, y que compartían rasgos criminogénicos y antecedentes similares, y que vivían en ambientes generadores de delincuencia similares. En el “guión de condenación” que emergió de quienes persistieron, “La persona condenada es el narrador (si bien también reserva abundante culpa para la sociedad). Los delincuentes activos... en general veían los guiones de sus vidas como escritos para ellos mucho tiempo atrás” (Maruna, 2001: 75). En cambio, el relato de quienes desistieron reveló una narrativa diferente:

El guión de redención comienza estableciendo la bondad y la convencionalidad del narrador, una víctima de la sociedad que se ve involucrada en la delincuencia y las drogas para lograr cierta forma de poder sobre circunstancias por lo demás sombrías. Sin embargo, finalmente esta desviación se transforma por su propia trampa, dado que el narrador queda enredado en el círculo vicioso de la delincuencia y la prisión. Pero con la ayuda de cierta fuerza externa, alguien que “creía” en el ex delincuente, el narrador puede lograr lo que “siempre quiso ser”. Dueño de un nuevo poder, ahora busca “devolver algo a la sociedad” como muestra de gratitud. (Maruna, 2001: 87)

Los que desistieron y los que persistieron compartían el mismo sentido de fatalismo en sus relatos de la evolución de sus carreras delictivas; no obstante, Maruna lee la minimización de responsabilidad implícita en este fatalismo como evidencia de la convencionalidad de sus valores y aspiraciones, y de su necesidad de creer en la bondad esencial de su “verdadero yo”. Más aún, en sus relatos sobre lograr el cambio hay evidencias de que quienes desisten deben “descubrir” la agencia, a fin de resistir y superar las presiones estructurales generadoras de delito que actúan sobre ellos. Este descubrimiento de la agencia parece relacionarse con el papel de otros significativos en la visualización de

una identidad alternativa y un futuro alternativo para el delincuente, incluso en períodos durante los cuales no pueden ver estas posibilidades por sí mismos. Por lo general, más tarde en el proceso de cambio, juega un papel importante el hecho de involucrarse en “actividades generativas” (que suelen contribuir al bienestar de otros) como testimonio para quien desiste de que se está forjando o se ha forjado una identidad alternativa “de agencia”. Llama la atención que al menos en un nivel, el proceso de descubrir la agencia lanza una luz interesante sobre la aparente incoherencia teórica que Bottoms y McWilliams (1979) infirieron del paradigma de tratamiento; es decir, una incoherencia entre su análisis determinista de las causas de la criminalidad y su foco sobre la auto-determinación en el proceso de tratamiento. Podría decirse que lo revelado por Maruna (2001) es el papel de la reflexividad sobre la revelación y la producción de cambios en las relaciones dinámicas entre la agencia y la estructura (ver también Farrall y Bowling, 1999).

Apoyo del desistimiento

Las implicaciones para la práctica de esta base de evidencias en desarrollo, han comenzado a ser exploradas en unos pocos estudios de investigación que han centrado la atención sobre el papel que la probation puede jugar en el apoyo del desistimiento (por ejemplo Rex, 1999; Farrall, 2002; McCulloch, 2005). En un estudio de “desistimiento asistido”, Rex (1999) exploró las experiencias de 60 personas con probation. La autora halló que los que atribuyeron cambios en su comportamiento a la supervisión de la probation la describieron como activa y participativa. Los compromisos de desistimiento de las personas con probation, parecían ser generados por el compromiso personal y profesional demostrado por los funcionarios del servicio cuya razonabilidad, equidad y aliento parecieron generar un sentido de lealtad y responsabilidad personal. Quienes estaban con probation interpretaron los consejos sobre sus conductas y problemas subyacentes como evidencia del interés en ellos como personas, y “se sintieron motivados por lo que veían como muestra de interés en su bienestar” (Rex, 1999: 375). Dicha evidencia resuena con otros argumentos sobre el papel pivote que juegan las relaciones en las intervenciones efectivas (Barry, 2000; Burnett, 2004; Burnett y McNeill, 2005; McNeill et al., 2005). Si el desistimiento secundario (al menos para los involucrados en delincuencia persistente) requiere una reconstrucción narrativa de la identidad, entonces parece obvio que los aspectos de relación de la práctica sean tan significativos. ¿Quién se atrevería a comprometerse en una aventura tan precaria y amenazadora sin la seguridad de apoyo sostenido y compasivo de una fuente confiable?

No obstante, los trabajadores y las relaciones del trabajo no son los únicos ni los más importantes recursos para promover el desistimiento. Estudios relacionados sobre jóvenes en problemas sugieren que a menudo sus propios recursos y redes sociales son mejores para resolver sus dificultades que el personal profesional (Hill, 1999). El potencial de las redes sociales se destaca por las “perspectivas de la resiliencia”, que a diferencia de los enfoques que se apoyan sobre riesgos y/o necesidades, consideran los “factores y procesos protectores” involucrados en la adaptación positiva a pesar de la adversidad. En términos de práctica con jóvenes, tales perspectivas implican un énfasis sobre el reconocimiento, la explotación y el desarrollo de sus competencias, recursos, habilidades y activos (Schoon y Bynner, 2003). En el mismo sentido, pero en relación con la reinserción de ex convictos en la sociedad, Maruna y LeBel (2003) han armado un modelo convincente para el desarrollo de narrativas y enfoques basados en las fortalezas (en lugar de basados en las necesidades o los riesgos). A partir de la evidencia psicológica y criminológica, argumentan que probablemente estos enfoques incrementarían el cumplimiento de las condiciones de la probation y alentarían a los ex convictos a lograr la “redención merecida” (Bazemore, 1999) al centrar la atención sobre las contribuciones positivas a través de las cuales podrían hacer el bien en sus comunidades. Por lo tanto, la promoción del desistimiento también significa el esfuerzo por desarrollar las fortalezas del delincuente -a nivel individual y de la red social-, a fin de construir y sostener el impulso del cambio.

En la consideración de estos contextos personales y sociales del desistimiento, el estudio más reciente y quizás de mayor escala sobre la probation y el desistimiento es particularmente pertinente al desarrollo de un paradigma de desistimiento. Farrall (2002) exploró el progreso o la falta de progreso hacia el desistimiento logrado por un grupo de 199 personas con probation. Aunque más de la mitad de la muestra evidenció progreso hacia el desistimiento, Farrall halló que sólo en unos pocos casos se podía atribuir el desistimiento a intervenciones específicas del funcionario de probation, si bien la ayuda para encontrar trabajo y componer las relaciones familiares dañadas pareció tener particular importancia. El desistimiento parecía relacionarse con mayor claridad con las motivaciones de las personas con probation, y con los contextos sociales y personales en los cuales se solucionaban los diversos obstáculos al desistimiento.

Farrall (2002) continúa argumentando que las intervenciones prestan mayor atención a los contextos comunitarios, sociales y personales en los que están situados (ver también McCulloch, 2005). Después de todo, las “circunstancias sociales y las relaciones con los demás son *ambas* el objeto de la intervención y

el medio a través del cual. . . se puede lograr el cambio” (Farrall, 2002: 212, énfasis agregado). Esto necesariamente requiere centrar la atención de las intervenciones no sólo en la persona individual y en sus “déficits” percibidos. Como destaca Farrall (2002), el problema de dichas intervenciones es que si bien pueden construir capital humano, por ejemplo en términos de mejores habilidades cognitivas o mejor capacidad de empleo, no pueden generar el capital social que reside en las relaciones a través de las cuales obtenemos la participación y la inclusión en la sociedad.⁶ Desde el punto de vista vital, es necesario el capital social para estimular el desistimiento. No es suficiente construir *capacidades* de cambio, cuando el cambio depende de las *oportunidades* de ejercer esas capacidades: “... el proceso de desistimiento se produce a través de un interactividad entre elecciones individuales, y un rango más amplio de fuerzas sociales y prácticas institucionales y societarias que escapan al control del individuo” (Farrall y Bowling, 1999: 261).

El reciente estudio de Barry (2004) proporciona otro punto de referencia clave para explorar cómo juegan específicamente los aspectos de capital, agencia, identidad y transición para los jóvenes que desisten de la delincuencia. A través de entrevistas en profundidad con 20 mujeres y 20 hombres jóvenes, Barry exploró por qué comenzaron y cesaron de delinquir, y lo que los influyó o inhibió en este comportamiento a medida que se hicieron mayores. Los jóvenes revelaron que sus decisiones sobre la delincuencia y el desistimiento estuvieron relacionados con su necesidad de sentirse incluidos en su mundo social, a través de amistades de la infancia y de compromisos más amplios en la edad adulta. Barry consideró notable la resolución mostrada por los jóvenes al desistir de la delincuencia, en particular debido a que provenían de ambientes desventajosos y tenían acceso limitado a las oportunidades de la mayoría (empleo, vivienda y status social) por su edad y su clase social. En esencia, Barry reconoce que:

Debido a su situación de transición, muchos jóvenes carecen del status y las oportunidades de los ciudadanos plenos, y en consecuencia tienen capacidad limitada para el reconocimiento social en términos de medios duraderos y legítimos para acumular y gastar capital por asunción de responsabilidades y generatividad... Hasta cierto punto, la acumulación de capital requiere responsabilidades y acceso a oportunidades; pero los niños y los jóvenes rara vez tienen tales oportunidades, debido a su status de “entidades liminales” (Turner, 1969), y menos aun los que provienen de clase trabajadora. (2004: 328–9)

Interesa destacar que recientemente han emergido mensajes similares sobre el significado de los contextos relacional y social del desistimiento, de la pro-

pia investigación sobre el “tratamiento”. Diez años después de la declaración original de McGuire y Priestley (1995) sobre “lo que funciona”, estos aspectos descuidados de la práctica han vuelto a emerger en revisiones y refinamientos de los principios de la práctica efectiva. Por ejemplo, una autorizada revisión reciente destaca la creciente atención que se le presta a la necesidad de que el personal utilice habilidades interpersonales, que actúe con discreción en sus intervenciones, que tenga en cuenta la diversidad entre los participantes y que vea cómo el contexto de servicio más amplio pueda apoyar mejor la práctica efectiva (Raynor, 2004: 201). Raynor observa que el descuido de estos factores podría ser responsable de algunas de las dificultades experimentadas en Inglaterra y Gales, por ejemplo al traducir los éxitos de proyectos de demostración a la práctica general. El autor sugiere que la preocupación con los programas grupales surge de su aplicación más estandarizada, lo cual a su vez permite una evaluación más sistemática que la compleja y variada naturaleza de la práctica individual.

Sin embargo, y quizás irónicamente, esta preocupación (con los programas), es socavada por la bibliografía sobre la efectividad del tratamiento en psicoterapia y asesoramiento psicológico, es decir la disciplina madre de “lo que funciona”. Aquí, la evidencia sugiere que las variables más esenciales de todas, en cuanto a determinar los resultados del tratamiento –factores de oportunidad, factores externos y factores del “cliente”– se relacionan con los contextos personales y sociales de las intervenciones, más que con sus contenidos (Asay y Lambert, 1999). Además, en términos de las variables sobre las cuales puede influir el terapeuta, un hallazgo recurrente es que ningún método de intervención es más efectivo que el resto y, en cambio, hay aspectos comunes de cada intervención responsables de generar el cambio (ver Hubble et al., 1999; Bozarth, 2000). Quizás estas “condiciones centrales” para la efectividad –la empatía y el carácter genuino, el establecimiento de una alianza de trabajo y el uso de abordajes centrados en la persona, colaborativos y “dirigidos al cliente”– son conocidas para el personal de probation, pero no de revisiones anteriores de “¿qué funciona?”⁷. Respecto de los paradigmas de probation ya revisados estos hallazgos son particularmente significativos porque, a pesar de la ubicación disciplinaria y los enfoques positivistas de estos estudios, las formas de tratamiento que recomiendan de alguna manera parecen ser algo ajenos a los criticados por Bottoms y McWilliams (1979). De hecho, y tal como preconizaban Bottoms y McWilliams (1979), la noción de alianza terapéutica o de trabajo implica que el trabajador y el “cliente” *comparten el acuerdo* sobre metas generales, el acuerdo sobre las tareas que conducirán a alcanzar esas metas y un vínculo mutuo

de respeto y confianza (Bordin, 1979). Esto parece excluir explícitamente el tipo de actitudes y prácticas que Bottoms y McWilliams (1979) asociaban con el tratamiento y que puede decirse que caracteriza el paradigma prevalente de “lo que funciona” (McNeill, 2004b)⁸.

Argumentos éticos para un paradigma del desistimiento

Si se dejan de lado estos hallazgos empíricos emergentes y estas cuestiones teóricas, la investigación sobre el desistimiento tiene algunas claras implicancias éticas para la práctica del manejo de delincuentes. Quizás la primera de estas implicancias ya es obvia. La investigación de Rex (1999), revisada en el contexto del relato de Maruna (2001) sobre la reconstrucción narrativa y de la evidencia a partir de la investigación sobre psicoterapia respecto de la significación crítica de ciertas condiciones centrales para el tratamiento, señala la importancia de desarrollar prácticas penales que expresen ciertas virtudes prácticas. Los enfoques éticos basados en la virtud han experimentado una especie de resurgimiento en años recientes (Pence, 1991), lo cual sugiere un cambio en el pensamiento moral desde el interrogante “¿qué debería hacer?” hasta el interrogante “¿qué tipo de persona debería ser?”. En este contexto, uno de los méritos de la investigación sobre el desistimiento a través de preguntas a los delincuentes sobre sus experiencias al intentar el desistimiento y sobre la supervisión, es el progreso que se logra hacia la respuesta al interrogante que un gestor de delincuentes “virtuoso” podría preguntar: ¿Qué clase de profesional debería ser? Por ejemplo, las virtudes que aparecen en las respuestas de quienes desisten pueden incluir optimismo, esperanza, paciencia, persistencia, equidad, respeto, confiabilidad, lealtad, sabiduría, compasión, flexibilidad y sensibilidad (a las diferencias).

La trascendencia práctica de la expresión de estas virtudes es sugerida por recientes análisis de la aplicabilidad de penalidades comunitarias, que han emergido en particular (pero no exclusivamente) donde éstas han sido relanzadas como “castigos en la comunidad”. Este relanzamiento del objetivo ha incrementado la necesidad de aplicación efectiva, para que los tribunales consideren las penalidades comunitarias como sentencias creíbles. Aunque el término “aplicación” implica un énfasis sobre asegurar el significado y la inevitabilidad de sanciones en el caso de incumplimiento, Bottoms (2001) argumentó con convicción que los intentos por estimular o exigir cumplimiento en el sistema de justicia penal debe mezclar en forma creativa mecanismos habituales, mecanismos basados en la compulsión, mecanismos instrumentales y mecanismos

normativos (relacionados con creencias, apegos y percepciones de legitimidad). Lo que parece claro de la investigación sobre desistimiento es que, a través del establecimiento de relaciones efectivas, es probable que el papel del trabajador en apoyo del cumplimiento sea particularmente crucial para el desarrollo de estos mecanismos normativos. Sólo dentro de las relaciones que modelan los tipos de virtudes antes descritas es probable que la autoridad formal conferida por el tribunal al trabajador sea considerada *legítima* en la mente de quien delinque. Así como las percepciones de legitimidad juegan un papel clave para estimular el cumplimiento en los regímenes carcelarios (Sparks et al., 1996), también en la legitimidad comunitaria probablemente sea un factor crucial para prevenir el incumplimiento al persuadir al delincuente de cumplir con la orden y, quizás, para prevenir la reincidencia al persuadir al delincuente de cumplir con la ley.

Esta noción de persuasión (y modelado) moral como función para quienes manejan los delincuentes resuena con algunos aspectos de la teoría de las comunicaciones penales de Anthony Duff (Duff, 2001, 2003). Duff (2003) argumenta que la probation puede y debería ser considerada un modo de castigo; de hecho, argumenta que podría ser el castigo modelo. No obstante, la noción de castigo que promueve no es “meramente punitiva”; es decir, no se ocupa simplemente de infligir dolor como forma de retribución. Más bien es una forma de “castigo constructivo” que solo causa dolor por ser consecuencia inevitable (y pretendida) de “hacer que los delincuentes enfrenten los efectos y las implicancias de sus delitos, para rehabilitarlos y asegurar... la reparación y la reconciliación” (Duff, 2003: 181). Los dolores involucrados son semejantes a los dolores ineludibles del arrepentimiento. Para Duff, esto implica una función para el personal de probation como mediadores entre los delincuentes, las víctimas y la comunidad más amplia.

Aunque el desarrollo de conexiones entre la teoría de Duff y la investigación sobre el desistimiento excede el ámbito de este artículo, el estudio de Maruna (2001) subraya el significado de la “redención” para los desistidores, que a menudo se logra a través de involucrarse en “actividades generativas” que contribuyen a dar sentido a un pasado dañado, al usarlo para proteger los intereses futuros de otros. Parece significativo que esta “recompra” sea productivo más que destructiva; es decir, el derecho de ser rehabilitado no es producto de experimentar los dolores de un castigo “meramente punitivo”, más bien es el resultado de evidenciar arrepentimiento y cambiar “para hacer el bien”. En el trabajo de apoyo a la reconstrucción de la identidad comprendida en el desistimiento, esto parece subrayar la relevancia de las oportunidades de redención

que podrían ofrecer las penalidades comunitarias y la justicia restaurativa. En cambio, no es menos obvia la futilidad y lo contraproducente de las medidas penales que etiquetan, que excluyen y que segregan y colocan a los delincuentes como tales. Estas medidas parecen diseñadas para confirmar y cimentar los “escritos de condenación” y así frustrar el desistimiento.

Sin embargo, además de destacar la importancia de estimular y apoyar a los delincuentes en el doloroso proceso de hacer el bien, al menos la investigación sobre el desistimiento insinúa la necesidad recíproca de la sociedad de hacer el bien a los delincuentes. Tal como Bottoms y McWilliams (1979) y Raynor y Vanstone (1994) reconocieron las implicancias morales de aceptar el papel que las desigualdades sociales y las injusticias juegan en la provocación del comportamiento delictivo, también Duff (2003) argumenta que la existencia de injusticia social crea problemas morales para la estructura política punitiva. La respuesta debe ser un “intento genuino y visible de remediar las injusticias y la exclusión que han sufrido ellos [es decir, algunos delincuentes]” (Duff, 2003: 194). Duff sugiere que esto implica que:

La funcionaria de probation... ahora deberá ayudar al delincuente a negociar su relación con la estructura política contra la cual delinquiró, pero por la cual ha sido tratado en forma injusta e irrespetuosa: debe hablar por la estructura política al delincuente en términos reprobadores, pero también de disculpa; términos que busquen llevarlo a reconocer el mal que ha hecho y expresar un reconocimiento apologetico de la injusticia que sufrió: y deberá hablar a la estructura política por el delincuente, y explicar lo que se le debe, además de lo que él debe. (2003: 194, énfasis agregado)

En consecuencia, la ayuda y el apoyo práctico propugnado en el paradigma de no tratamiento ahora pueden ser relegitimados en forma empírica, en términos de la necesidad de construir capital social en apoyo al desistimiento, y normativa (incluso *dentro* de un discurso de castigo) como un pre requisito para que el castigo sea a la vez inteligible y justo para los delincuentes.

El reconocimiento de las interacciones, por una parte, entre la exclusión y las desigualdades, y por la otra, el delito y la justicia, también subyacen en algunos de los argumentos de los enfoques de rehabilitación del castigo. Tales argumentos tienden a llevar a versiones basadas en los derechos, más que utilitarias de la rehabilitación. Para McWilliams y Pease (1990), la rehabilitación basada en los derechos sirve a un propósito *moral* en representación de la sociedad al limitar el castigo y prevenir la exclusión para trabajar en el restablecimiento de los derechos y la posición social del delincuente. En cambio, Garland (1997)

describe cómo, en la penalidad de la modernidad tardía, ha emergido una versión más instrumental de la rehabilitación donde el delincuente no necesita (quizás no puede) ser respetado como fin en sí mismo; se ha transformado en el medio para otro fin. En cierto sentido, no es el sujeto de la orden del tribunal, sino su objeto. En esta versión, la rehabilitación no es un objetivo primordial, sino un medio subordinado. Se centra en el delito en lugar de en el delincuente; se orienta a la necesidad criminogénica en lugar de a la necesidad social.

Sin embargo, el problema de esta versión de la rehabilitación es que corre los mismos riesgos morales que llevaron a Bottoms y McWilliams (1979) a rechazar el tratamiento; al menos en teoría, permite todas las mismas injusticias, violaciones de derechos humanos e intrusiones desproporcionadas que preocuparon, por ejemplo a la American Friends Services Committee en 1971, y en última instancia condujo a la emergencia del “justo merecimiento” (von Hirsch, 1976; Home Office, 1990). De hecho, en Inglaterra y Gales la situación es peor en un aspecto: la eliminación de la necesidad del consentimiento de los delincuentes para la imposición de penalidades comunitarias (según la *Crime (Sentences) Act* de 1997), que tenía cierto sentido en el contexto del movimiento tendiente a considerar la probation como castigo proporcionado, implica que los delincuentes ahora pueden ser obligados a someterse a “tratamiento” en la forma de programas acreditados.

En un artículo reciente, Lewis (2005) escribió sobre el trabajo de los “nuevos rehabilitacionistas” (Cullen y Gilbert, 1982; Rotman, 1990) para revivir el modelo de un enfoque a la rehabilitación basado en los derechos; es decir, preocupado por la reintegración de los delincuentes a la sociedad como “seres humanos útiles”. De acuerdo con Lewis, los principios de los nuevos propulsores de la rehabilitación incluyen los siguientes compromisos: primero, la obligación del estado a impulsar el trabajo de rehabilitación (por razones similares a las antes reseñadas); segundo, de algún modo fijar límites a las intrusiones de la rehabilitación en términos de proporcionalidad; tercero, maximizar la acción voluntaria en el proceso; y, por último, solo usar la prisión como medida de último recurso debido a sus efectos negativos y dañinos. Al explorar el grado en que estos principios están articulados y aplicados en la política penal actual, arriba a la conclusión de que los “actuales esfuerzos de rehabilitación son puro artificio, en un sistema “gerencialista” excesivamente punitivo” (Lewis, 2005: 119), aunque mantiene cierta esperanza de que las iniciativas en el nivel local dirigidas por profesionales podrían permitir cierta posibilidad de aplicar esos principios.

El valor de la investigación sobre el desistimiento podría ser que así como la evidencia de que “nada funciona” permitió a Bottoms y McWilliams (1979) plantear un modelo teórico y empírico para una práctica más ética, y la evidencia de que “algo funciona” permitió a Raynor y Vanstone (1994) revisar dicho modelo, la evidencia proveniente de los estudios sobre el desistimiento, combinados con estos desarrollos constructivos en la filosofía del castigo, podría realizar una tarea semejante en un clima penal diferente y podría decirse menos destructivo.

Conclusiones: un paradigma de desistimiento

El presente artículo ha intentado seguir el ejemplo ofrecido por Bottoms y McWilliams (1979), y Raynor y Vanstone (1994) al tratar de construir modelos empíricos y éticos para el desarrollo de un nuevo paradigma para la práctica de la probation. En suma, he sugerido que el desistimiento es el proceso para cuya promoción y apoyo existe la gestión del delincuente: que los enfoques de intervención deberían estar estructurados sobre el conocimiento del desistimiento; y que es importante explorar las conexiones entre estructura, agencia, reflexividad e identidad en los procesos de desistimiento. Además, las intervenciones en apoyo del desistimiento deben respetar y promover la agencia y la reflexividad; deben estar basados en relaciones legítimas y respetuosas; deben centrar la atención en el capital social (oportunidades) además del capital humano (motivaciones y capacidades); y deben aprovechar las fortalezas y solucionar las necesidades y los riesgos. También he sugerido que la investigación sobre el desistimiento destaca la relevancia de ciertas “virtudes de la práctica”; que requiere centrar la atención sobre el papel de la legitimación en el apoyo de los mecanismos normativos del cumplimiento; que concuerda en muchos aspectos con los abordajes comunicativos del castigo que lanzan a los funcionarios de probation (o quienes trabajan con los delincuentes) como mediadores entre los delincuentes, las víctimas y las comunidades; y que sugiere un enfoque de la rehabilitación basado en los derechos que implica que el delincuente hace el bien a la sociedad y que, cuando el delincuente ha sufrido injusticia, la sociedad hace el bien al delincuente.

Al igual que los autores de los paradigmas anteriores, no pretendo aquí ofrecer un relato detallado y preciso de cómo podría operar un paradigma del desistimiento en la práctica (para algunas sugerencias iniciales, ver McNeill, 2003). Esa tarea sería realizada en forma más fructífera por los que trabajan en el área, con preferencia en asociación con los propios delincuentes. No obstante, en

un intento por sugerir alguna dirección para dicho desarrollo, la Tabla 1 resume los contrastes entre las interpretaciones de la práctica implicadas por los paradigmas de no tratamiento, revisado, de “lo que funciona” y del desistimiento.

Tabla 1. La práctica de la probation en cuatro paradigmas

El paradigma de no tratamiento	El paradigma revisado	Un paradigma de “lo que funciona”	Un paradigma del desistimiento
El tratamiento se transforma en ayuda	Ayuda coherente con un compromiso de reducción del daño	Intervención requerida para reducir la reincidencia y proteger al público	Ayuda en la navegación hacia el desistimiento para reducir el daño y hacer el bien a los delincuentes y las víctimas ⁸
Los diagnósticos se transforman en una evaluación compartida	Diálogo explícito y negociación que ofrecen oportunidad de cambios en consenso	Evaluación “profesional” de riesgo y necesidad, gobernada por instrumentos de evaluación estructurados	Diálogo explícito y negociación para evaluar riesgos, necesidades, fortalezas y recursos, y ofrecer oportunidades para hacer el bien
La necesidad dependiente del “cliente” como base para la acción se transforma en tarea definida en colaboración, como base de la acción	Tarea definida en colaboración, relevante para las necesidades criminogénicas y potencialmente efectiva para cubrir las	Participación obligatoria en programas estructurados y procesos de gestión de casos como elementos requeridos de las órdenes legales, impuestas sin importar el consentimiento	Tareas definidas en colaboración que abordan riesgos, necesidades y obstáculos al desistimiento, mediante el uso y el desarrollo del capital humano y social del delincuente

A diferencia de los paradigmas anteriores, el paradigma del desistimiento pone al frente los procesos de cambio más que los modos de intervención. Ciertamente, la práctica en el paradigma del desistimiento adaptaría la intervención para cubrir las necesidades, reducir los riesgos y (especialmente) desarrollar y aprovechar las fortalezas, pero cualesquiera que fueran estas formas estarían subordinadas a una concepción más amplia del papel en la forma de lograr, sobre una base individual, la mejor forma de instalar y sostener el proceso de desistimiento. Esto requeriría que el trabajador actúe como un promotor que proporciona un conducto al capital social, además de un proveedor de “tratamiento” que construye capital humano. Además, en lugar de referirse al manejo técnico de los programas y el manejo disciplinario de las órdenes, como implica inevitablemente el término actual de “gestión de delincuentes”, las formas de compromiso requeridas por el paradigma restablecerían y colocarían en

alto nivel la colaboración y el compromiso con el proceso de diseño conjunto de intervenciones. En sentido crítico, tales intervenciones no se preocuparían solamente por la prevención de ulteriores delitos; se preocuparían igualmente por la solución constructiva de los daños causados por el delito, al estimular a los delincuentes a hacer el bien a través de procesos restaurativos y servicio comunitario (en el sentido más amplio). Pero, como corolario necesario en lo moral y lo práctico, no se preocuparían menos por hacer el bien a los delincuentes al permitirles lograr la inclusión y la participación en la sociedad (y con ello el progresivo y positivo cambio de marco de sus identidades requerido para sostener el desistimiento).

Quizás el más obvio problema que podría enfrentar cualquiera que pretenda visualizar más allá, o incluso representar este paradigma, es que las comunidades de las cuales dependerá el éxito, en última instancia pueden carecer de los recursos y la voluntad de comprometerse a sostener el desistimiento, y preferir mantenerse meramente como “comunidades castigadoras” (Worrall y Hoy, 2005). Obviamente, esto representa un problema para cualquier forma de “gestión de delincuentes” o de reintegración. No obstante, en lugar de dejar que sea una excusa para descartar el paradigma, debería impulsarnos a un reconocimiento de la necesidad de que las agencias de gestión de delincuentes se vuelvan a comprometer con la educación y la participación de la comunidad y busquen formas y medios para desafiar, a nivel local y nacional, el ansia de castigo populista (Bottoms, 1995), y ofrecer alternativas más progresivas.

Notas

Estoy muy agradecido a Steve Farrall y Richard Sparks por su hospitalidad, como patrocinadores de los seminarios a través de los cuales se desarrolló este artículo, y a todos los contribuyentes de los seminarios, por sus comentarios útiles y alentadores en versiones anteriores, y por el incentivo proporcionado por sus trabajos. También estoy agradecido a Monica Barry, Mike Nellis y Gwen Robinson por los comentarios de la versión en borrador de este artículo.

1. Aunque tengo serias reservas respecto del término “gestión de delincuentes” (en relación con la obvia inferencia de que el delincuente es un problema que debe ser manejado, en lugar de una persona que debe ser asistida, y que la tarea es técnica y no moral), lo uso aquí, no sólo por su relevancia contemporánea, sino también porque se refiere a las disposiciones comunitarias y la reubicación después de la prisión.

2. Debido a su pesimismo sobre las perspectivas de que el tratamiento provea la cuarta meta (la reducción del delito), Bottoms y McWilliams volcaron su atención a otras estrategias de reducción del delito, y en particular a la prevención del delito. Esencialmente, su argumento en este sentido era que como “el delito es predominantemente social... cualquier estrategia sería de reducción del delito debía tener un carácter de base social (más que individual)” (Bottoms y McWilliams, 1979: 188).
3. Dicho esto, aceptaron que: “irónicamente, al menos hay una delgada hebra de evidencia de investigación que sugiere que, después de todo, la ayuda puede reducir más el delito que el tratamiento” (Bottoms y McWilliams, 1979: 174). Como apoyo a esta afirmación se refirieron a dos estudios que presagiaban la posterior investigación sobre el desistimiento; el primero sugería que, si bien el tratamiento intensivo del trabajo de casos no tenía impacto aparente, los cambios de las situaciones sociales post institucionales de los delincuentes (por ejemplo, al casarse o asegurarse un trabajo) se asociaban con reducciones de las reincidencias (Bottoms y McClintock, 1973); el segundo sugería que el tratamiento demostraba menores índices de nuevas condenas cuando el “tratamiento” incluía principalmente ayuda práctica que era proporcionada sólo cuando los delincuentes la solicitaban (Bernsten y Christiansen, 1965).
4. Esta sección del artículo se basa fuertemente en McNeill et al. (2005).
5. Es posible que esta brecha de la teoría sea en parte el producto del carácter incremental y cuasi-experimental de la investigación sobre “lo que funciona”; de hecho, incluso se podría decir que la filosofía de “lo que funciona” es antiteórica, dado que se preocupa más por identificar y replicar éxitos que en explicarlos y comprenderlos (Farrall, 2002).
6. Significativamente, los hallazgos emergentes de Boeck et al. (2004) sugieren que el hecho de cubrir el capital social en particular (lo cual facilita la movilidad social) parece limitado entre los jóvenes de su estudio involucrados en el delito, lo cual los deja mal equipados para sortear los riesgos con éxito.
7. Dicho esto, algunos estudios recientes han comenzado a explorar la contribución de habilidades prácticas particulares para la efectividad. Raynor se refiere en particular a un artículo reciente de Dowden y Andrews (2004), basado en una meta análisis que examina la contribución de cier-

tas habilidades claves del personal (que ellos denominan “prácticas correccionales centrales” o CCP) para la efectividad de las intervenciones con delincuentes.

8. Siento cierta inquietud por haber meramente mencionado, pero no desarrollado, argumentos sobre la importancia de hacer el bien a (y para) las víctimas en este artículo. En consecuencia, agradezco a Mike Nellis por destacar las relaciones contingentes entre los delincuentes que hacen el bien y que reparan el daño a las víctimas. Hay escasa evidencia empírica de que el desistimiento requiera reparación o hacer el bien a víctimas particulares, aunque obviamente hay razones independientes y convincentes por las que esto importa por derecho propio. Como sugiere Nellis (comunicación personal, 18 de agosto de 2005), el trabajo de casos para la reparación requiere justificación por separado. Además, sugiere que desde el punto de vista de las intervenciones con delincuentes, en el desistimiento puede ser importante no tanto como factor facilitante, sino como factor significativo. Sobre la base de esta distinción, mi propia visión es que, si bien la reparación no es necesaria ni suficiente para que ocurra el desistimiento, sin embargo puede ser útil para consignar el pasado en el pasado (para víctimas y delincuentes) y en consecuencia para afianzar el guión de la redención (para los delincuentes).

Referencias

- American Friends Services Committee (1971) *Struggle for Justice*. New York: Hill & Wang.
- Asay, T.P. y M.J. Lambert (1999) ‘The Empirical Case for the Common Factors in Therapy: Quantitative Findings’, en M.A. Hubble, B.L. Duncan and S.D. Miller (eds) *The Heart and Soul of Change: What Works in Therapy*, pp. 33–56. Washington, DC: American Psychological Association.
- Barry, Monica (2000) ‘The Mentor/Monitor Debate in Criminal Justice: What Works for Offenders’, *British Journal of Social Work* 30(5): 575–95.
- Barry, M.A. (2004) ‘Understanding Youth Offending: In Search of “Social Recognition”’, PhD dissertation, Universidad de Stirling, Stirling.

- Bazemore, Gordon (1999) 'After Shaming, Whither Reintegration: Restorative Justice and Relational Rehabilitation', en G. Bazemore and L. Walgrave (eds) *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, pp. 155–94. Monsey, NY: Criminal Justice Press.
- Bernsten, K. y K.O. Christiansen (1965) 'A Resocialisation Experiment with Short-Term Offenders', en K.O. Christiansen (ed.) *Scandinavian Studies in Criminology*, vol. 1. London: Tavistock.
- Blunkett, David (2004) *Reducing Crime—Changing Lives: The Government's Plans for Transforming the Management of Offenders*. London: Home Office.
- Boeck, Thilo, Jennie Fleming y Hazel Kemshall (2004) 'Young People, Social Capital and the Negotiation of Risk', trabajo presentado en la Conferencia Anual de la European Society of Criminology, Amsterdam, Agosto.
- Bordin, E. (1979) 'The Generalizability of the Psychoanalytic Concept of the Working Alliance', *Psychotherapy* 16: 252–60.
- Bottoms, Anthony (1995) 'The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing', en C. Clarkson and R. Morgan (eds) *The Politics of Sentencing Reform*, pp. 17–49. Oxford: Oxford University Press.
- Bottoms, Anthony (2001) 'Compliance and Community Penalties', en A. Bottoms, L. Gelsthorpe and S. Rex (eds) *Community Penalties: Changes and Challenges*, pp. 87–116. Cullompton: Willan.
- Bottoms, Anthony y Frank McClintock (1973) *Criminals Coming of Age*. London: Heineman.
- Bottoms, Anthony y William McWilliams (1979) 'A Non-Treatment Paradigm for Probation Practice', *British Journal of Social Work* 9(2): 160–201.
- Bottoms, Anthony, Joanna Shapland, Andrew Costello, Deborah Holmes y Grant Muir (2004) 'Towards Desistance: Theoretical Underpinnings for an Empirical Study', *The Howard Journal* 43(4): 368–89.
- Bozarth, Jerold (2000) 'The Specificity Myth: The Fallacious Premise of Mental Health Treatment', trabajo presentado a la American Psychological Association, Washington, DC, Agosto.
- Brody, S.R. (1976) *The Effectiveness of Sentencing: A Review of the Literature*. Estudio de investigación del Home Office N.º 35. London: Her Majesty's Stationery Office.

- Burnett, Ros (1992) *The Dynamics of Recidivism*. Oxford: University of Oxford Centre for Criminological Research.
- Burnett, Ros (2000) 'Understanding Criminal Careers through a Series of In-Depth Interviews', *Offender Programs Report* 4(1): 1–16.
- Burnett, Ros (2004) 'One-to-One Ways of Promoting Desistance: In Search of an Evidence Base', en R. Burnett and C. Roberts (eds) *What Works in Probation and Youth Justice*, pp. 180–97. Cullompton: Willan.
- Burnett, Ros y Fergus McNeill (2005) 'The Place of the Officer–Offender Relationship in Assisting Offenders to Desist from Crime', *Probation Journal* 52(3): 247–68.
- Cullen, F.T. y K.E. Gilbert (1982) *Reaffirming Rehabilitation*. Cincinnati, OH: Anderson.
- Dowden, Craig y Don Andrews (2004) 'The Importance of Staff Practice in Delivering Effective Correctional Treatment: A Meta-Analytic Review of Core Correctional Practice', *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 48(2): 203–14.
- Duff, Anthony (2001) *Punishment, Communication and Community*. New York: Oxford University Press.
- Duff, Anthony (2003) 'Probation, Punishment and Restorative Justice: Should Altruism Be Engaged in Punishment?', *The Howard Journal* 42(1): 181–97.
- Farrall, Stephen (2002) *Rethinking What Works with Offenders: Probation, Social Context and Desistance from Crime*. Cullompton: Willan.
- Farrall, Stephen y Ben Bowling (1999) 'Structuration, Human Development and Desistance from Crime', *British Journal of Criminology* 17(2): 252–67.
- Garland, David (1997) 'Probation and the Reconfiguration of Crime Control', en R. Burnett (ed.) *The Probation Service: Responding to Change, Proceedings of the Probation Studies Unit First Colloquium*, pp. 2–10. Informe de la Unidad de Estudios sobre Probation N.º 3. Oxford: University of Oxford Centre for Criminological Research.
- Greenberg, D.F. (1976) 'The Correctional Effects of Corrections: A Survey of Evaluations', en D.F. Greenberg (ed.) *Corrections and Punishment*. Sage Criminal Justice Annuals, vol. 8. Beverly Hills, CA: Sage.

- Hill, Malcolm (1999) 'What's the Problem? Who Can Help? The Perspectives of Children and Young People on their Well-Being and on Helping Professionals', *Journal of Social Work Practice* 13(2): 135–45.
- Home Office (1990) *Crime, Justice and Protecting the Public*. Cm. 965. London: Home Office.
- Hubble, M.A., B.L. Duncan y S.D. Miller (eds) (1999) *The Heart and Soul of Change: What Works in Therapy*. Washington, DC: American Psychological Association.
- Lewis, Sam (2005) 'Rehabilitation: Headline or Footnote in the New Penal Policy?', *Probation Journal* 52(2): 119–36.
- Lipton, Doug, Robert Martinson y J. Wilks (1975) *The Effectiveness of Correctional Treatment*. New York: Praeger.
- Mair, George (ed.) (2004) *What Matters in Probation*. Cullompton: Willan.
- Maruna, Shadd (2001) *Making Good*. Washington, DC: American Psychological Association.
- Maruna, Shadd y Stephen Farrall (2004) 'Desistance from Crime: A Theoretical Reformulation', *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 43: 171–94.
- Maruna, Shadd y Thomas LeBel (2003) 'Welcome Home? Examining the "Re-entry Court" Concept from a Strengths-Based Perspective', *Western Criminology Review* 4(2): 91–107.
- Maruna, Shadd, Russ Immarigeon y Thomas LeBel (2004) 'Ex-offender Reintegration: Theory and Practice', en S. Maruna and R. Immarigeon (eds) *After Crime and Punishment: Pathways to Offender Reintegration*, pp. 3–26. Cullompton: Willan.
- McCulloch, Patricia (2005) 'Probation, Social Context and Desistance: Retracing the Relationship', *Probation Journal* 52(1): 8–22.
- McGuire, James y Philip Priestley (1995) 'Reviewing "What Works": Past, Present and Future', en J. McGuire and P. Priestley (eds) *What Works: Reducing Reoffending. Guidelines from Research and Practice*, pp. 3–34. Chichester: Wiley.
- McNeill, Fergus (2001) 'Developing Effectiveness: Frontline Perspectives', *Social Work Education* 20(6): 671–87.

- McNeill, Fergus (2003) 'Desistance-Focused Probation Practice', en W.-H. Chui and M. Nellis (eds) *Moving Probation Forward: Evidence, Arguments and Practice*, pp. 146–62. Harlow: Pearson Longman.
- McNeill, Fergus (2004a) 'Desistance, Rehabilitation and Correctionalism: Developments and Prospects in Scotland', *The Howard Journal* 43(4): 420–36.
- McNeill, Fergus (2004b) 'Supporting Desistance in Probation Practice: A Response to Maruna, Porter and Carvalho', *Probation Journal* 51(3): 241–7.
- McNeill, Fergus, Susan Batchelor, Ros Burnett y Jo Knox (2005) *21st Century Social Work. Reducing Re-offending: Key Practice Skills*. Edinburgh: The Scottish Executive.
- McWilliams, William (1983) 'The Mission to the English Police Courts 1876–1936', *The Howard Journal* 22: 129–47.
- McWilliams, William (1985) 'The Mission Transformed: Professionalisation of Probation between the Wars', *The Howard Journal of Criminal Justice* 24(4): 257–74.
- McWilliams, William (1986) 'The English Probation System and the Diagnostic Ideal', *The Howard Journal of Criminal Justice* 25(4): 241–60.
- McWilliams, William (1987) 'Probation, Pragmatism and Policy', *The Howard Journal of Criminal Justice* 26(2): 97–121.
- McWilliams, William y Ken Pease (1990) 'Probation Practice and an End to Punishment', *The Howard Journal of Criminal Justice* 29(1): 14–24.
- Nellis, Mike (1999) 'Towards "the Field of Corrections": Modernizing the Probation Service in the Late 1990s', *Social Policy and Administration* 33(3): 320–3.
- Pence, Greg (1991) 'Virtue Theory', en P. Singer (ed.) *A Companion Guide to Ethics*, pp. 249–58. Oxford: Blackwell.
- Raynor, Peter (1978) 'Compulsory Persuasion: A Problem for Correctional Social Work', *British Journal of Social Work* 8(4): 411–24.
- Raynor, Peter (2004) 'Rehabilitative and Reintegrative Approaches', en A. Bottoms, S. Rex and G. Robinson (eds) *Alternatives to Prison: Options for an Insecure Society*, pp. 195–223. Cullompton: Willan.
- Raynor, Peter y Maurice Vanstone (1994) 'Probation Practice, Effectiveness and the Non-Treatment Paradigm', *British Journal of Social Work* 24(4): 387–404.

- Raynor, Peter y Maurice Vanstone (2002) *Understanding Community Penalties*. Buckingham: Open University Press.
- Rex, Sue (1999) 'Desistance from Offending: Experiences of Probation', *Howard Journal of Criminal Justice* 36(4): 366–83.
- Robinson, Gwen y Fergus McNeill (2004) 'Purposes Matter: Examining the "Ends" of Probation', en G. Mair (ed.) *What Matters in Probation*, pp. 277–304. Cullompton: Willan.
- Rotman, E. (1990) *Beyond Punishment: A New View of the Rehabilitation of Criminal Offenders*. Westport, CT: Greenwood Press.
- Schoon, I.J. y H. Bynner (2003) 'Risk and Resilience in the Life Course: Implications for Interventions and Social Policies', *Journal of Youth Studies* 6(1): 21–31.
- Sparks, Richard, Anthony Bottoms y W. Hay (1996) *Prisons and the Problem of Order*. Oxford: Clarendon Press.
- Turner, V. (1969) *The Ritual Process: Structure and Anti-Structure*. Chicago, IL: Aldine.
- Vanstone, Maurice (2004) *Supervising Offenders in the Community: A History of Probation Theory and Practice*. Aldershot: Ashgate.
- Von Hirsch, Andrew (1976) *Doing Justice: The Choice of Punishments*. New York: Hill & Wang.
- White, William (2000) 'Toward a New Recovery Movement: Historical Reflections on Recovery, Treatment and Advocacy', trabajo presentado en el Centro de tratamiento de drogadicción, Conferencia del Programa de Comunitario de apoyo a la recuperación, Alexandria, Virginia, Abril.
- Worrall, Anne y Clare Hoy (2005) *Punishment in the Community: Managing Offenders, Making Choices*, 2ª ed. Cullompton: Willan.
- Young, Jock (1988) 'Radical Criminology in Britain: The Emergence of a Competing Paradigm', *British Journal of Criminology* 28: 289–313.

FERGUS McNEILL trabaja en la Facultad de Trabajo Social de Glasgow, Universidades de Glasgow y Strathclyde. Tiene numerosas publicaciones en conexión con la probation, el trabajo social, y la justicia juvenil y las sentencias. Antes de ser profesor universitario, en 1998, trabajó en asistencia social de la justicia penal y en la rehabilitación de drogadictos.

VII. Algunas razones por las cuales disminuir la edad de responsabilidad penal adulta en Uruguay no parece la mejor solución

Nicolás Trajtenberg

Universidad de La República-Uruguay

Resumen

Existe en Uruguay un importante impulso por realizar una reforma constitucional que permita disminuir la edad de responsabilidad penal adulta de 18 a 16 años. Si bien creo que la argumentación que sostiene la propuesta de reforma es débil, creo que es fundamental construir un debate adecuado y no descalificador. En este artículo me propongo retomar dicho debate para cumplir con los siguientes objetivos. En primer lugar, discutiré tres críticas falaces planteadas a los defensores de la propuesta de reforma. En segundo lugar, plantearé tres problemas de la propuesta de reforma que involucran el diagnóstico sobre la importancia del delito juvenil en Uruguay; la eficacia de este tipo de políticas centradas en incrementar los costos penales; y la idea de que los adolescentes poseen una agencia moral plena y por ende es adecuado disminuir la edad de la responsabilidad penal adulta. En tercer lugar plantearé cuatro líneas para pensar un escenario alternativo no punitivo que involucran combinar programas de tratamiento exitosos, políticas de reintegro comunitario, rescatar la dimensión restaurativa de la justicia penal juvenil, y desarrollar los sistemas de información y evaluación. Finalmente, realizare unas breves conclusiones.

Introducción

Hace unos pocos meses volví a Uruguay y fui invitado a un asado por unos amigos. En un momento apareció el tema jóvenes y delito, y ob-

serve que mas allá de algunos matices, todos estaban fuertemente de acuerdo en que los adolescentes eran los principales responsables de la inseguridad y el delito en Uruguay, y por ende, la idea de bajar la edad de responsabilidad penal adulta era una buena solución para este problema. Con el correr de las semanas observe que este acuerdo estaba bastante extendido al menos entre mi circulo de familiares, amigos, conocidos e incluso entre varios colegas del ámbito universitario. Poco tiempo de pues, la Comisión de Seguridad anunciaba en conferencia de prensa que habían arribado a 350.000 firmas para plantear el plebiscito por la reforma constitucional sobre la disminución de la edad de imputabilidad penal adulta a 16 años. Adicionalmente, los datos que tenemos por algunas mediciones indican que casi un 70% de la población del Uruguay estaría de acuerdo con la reducción de la edad de imputabilidad penal a 16 o incluso a 14 años (Ministerio del Interior 2011).¹

La propuesta de reforma constitucional impulsada por el sector Vamos Uruguay del Partido Colorado y por Unidad Nacional del Partido Nacional se plantea que los jóvenes de 16 y 17 años que cometan determinados delitos (homicidio, homicidio especialmente agravado, homicidio muy especialmente agravado, lesiones graves, lesiones gravísimas, rapiña, copamiento, extorsión, secuestro y violación) sean sometidos al sistema penal adulto.²

Este aspecto de la reforma se basa en dos supuestos claves: i) los jóvenes menores de 18 años son responsables de una parte importante del volumen de delitos cometidos y por ende, medidas orientadas hacia ellos van a tener impacto en el problema de la criminalidad e inseguridad³ en Uruguay; ii) más

¹ Un 69% se declara favorable a disminuir la edad a 16 años y un 40% a que la edad de imputabilidad penal adulta sean 14 años (Ministerio del Interior 2011).

² Vale la pena señalar que la propuesta de reforma constitucional incluye además *"la existencia de un Servicio Descentralizado dedicado exclusivamente a la internación y rehabilitación de los delincuentes menores de dieciocho años, debiendo dotar al mismo de los recursos necesarios para su funcionamiento"* E inclusive se agrega que *"Dicho Servicio Descentralizado será objeto de un seguimiento especial en el que se dará participación al Comisionado Parlamentario Penitenciario"* (Vamos Uruguay 2012). No obstante, más allá de esta mención no parece haber mucho más que una crítica general del funcionamiento de los organismos especializados en jóvenes delincuentes del INAU, no observándose ni un diagnostico acerca de que es lo que está fallando en los procesos de rehabilitación actuales, ni tampoco una descripción más específica sobre porque este nuevo Servicio lograría ser exitoso. Por lo tanto, en los hechos la propuesta no incorpora en forma muy sustantiva o solida la propuesta de rehabilitación. De todas maneras, el objetivo del artículo es discutir el valor y eficacia de las propuestas centradas en la dimensión punitiva ya sea como propuestas autónomas o como complementos de propuestas rehabilitatorias.

³ Es importante recordar que el delito y la inseguridad constituyen dos problemas diferentes y la segunda no está estricta o necesariamente asociada al primero. De hecho la investigación espe-

específicamente, la reforma propuesta es una buena herramienta para combatir el delito porque los jóvenes van a tomar en cuenta este endurecimiento de las penas y los va a disuadir de delinquir, y/o en caso de cometer delitos van a estar incapacitados o imposibilitados físicamente de reincidir en mayor medida que antes ya que estarán más tiempo en prisión. Adicionalmente, está presente, aunque en forma más implícita, el argumento deontológico bajo el cual los jóvenes de 16 y 17 años ya poseen juicio moral y son agentes responsables adultos, y por ende deberían ser castigados por los males o daños que generan.

Si uno revisa la investigación especializada y la experiencia internacional, la conclusión a la que llega es que disminuir la edad de imputabilidad penal no parece la mejor solución. No obstante, creo que es importante intentar entender porque pese a la debilidad de la propuesta muchos políticos y ciudadanos la siguen defendiendo. Mi hipótesis es que este tipo de situación tiene lugar porque quienes estamos en contra de este tipo de propuestas hemos cometido dos errores: por un lado, hemos planteado un debate en términos inadecuados generando una creciente polarización con los defensores de esta propuesta; por otro lado, no hemos sido capaces de generar y comunicar a la clase política y a la ciudadanía un escenario de propuestas alternativas atractivas.

En este artículo me propongo los siguientes objetivos. En una primer parte, me concentrare en tres problemas que caracterizan a las críticas a los defensores propuesta de reforma. En una segunda parte me concentrare en tres problemas de los supuestos de los que parte la propuesta de reforma que incluyen discutir: i) el diagnóstico que establece que los jóvenes son responsables de buena parte del problema del delito generado en Uruguay; ii) la idea de que incrementar los costos penales tiene un efecto significativo sobre el delito cometido por los jóvenes; iii) la idea de que los adolescentes poseen una agencia moral plena y por ende es adecuado disminuir la edad de la responsabilidad penal adulta. En la tercer parte plantearé cuatro líneas para pensar un escenario alternativo no punitivo vinculado a: i) la aplicación de programas de trata-

cializada ha mostrado como si bien la experiencia de victimización directa o indirecta influye en la inseguridad, existen otros factores explicativos decisivos como el género, la edad, el nivel socio económico, la frecuencia e intensidad de interacción con extraños, las características ecológicas del barrio de residencia, el grado de confianza en las instituciones públicas, el impacto de los medios de comunicación, etc. (Killias 1990, Williams & Dickinson 1993, Fitzpatrick et al. 1993, Hale 1996, Chadee 2003). Por lo tanto, propuestas de solución que apuntan exclusivamente a disminuir el volumen de delitos (como es el caso de esta reforma) no necesariamente tendrán un impacto en los niveles de inseguridad de la población.

miento exitosos; ii) políticas de liberación y reintegro comunitario; iii) énfasis en los aspectos restaurativos de la justicia penal juvenil; iv) desarrollo de sistemas de información y evaluación que aumenten transparencia y rendición de cuentas. Por último, finalizare con unas breves conclusiones.

I. Defensores de la reforma: ¿Estratégicos, ignorantes e inmorales?⁴

El debate sobre la iniciativa de reforma constitucional para disminuir la edad de imputabilidad penal en Uruguay es bastante pobre. Pero la baja calidad de la discusión y de los argumentos empleados involucra tanto a los defensores como a los críticos de la propuesta. Quienes defienden la propuesta en general no suelen ser muy sólidos tanto en términos del diagnóstico que motiva la reforma, como de las pruebas existentes sobre la efectividad que este tipo de medidas tienen o habrían tenido en la experiencia internacional. Como voy a profundizar en estos temas en el punto II, quisiera discutir la forma inadecuada y contraproducente de argumentar ocasionalmente empleada por algunos de los críticos de la propuesta. Me interesa destacar tres aspectos.

En primer lugar, muchas veces se señala que quienes defienden este tipo de propuestas carecen de motivación genuina por resolver el problema del delito juvenil y el tipo de sistema penal juvenil que hemos de construir. Sus verdaderas *intenciones* son *político – electorales* (Bayce 2011). En lugar de concentrar todos los esfuerzos argumentales en los problemas de la propuesta se opta por descalificarlos de “impuros electoralistas”. Creo que es un error plantear este tipo de argumentos. No solo es innecesario, sino que además a los efectos del debate es irrelevante. La propuesta de reforma puede ser excelente o muy mala independientemente de que existan otras motivaciones estratégicas ocultas (o sea, no hay que pagar el precio de la ingenuidad para discutir ignorando esas motivaciones). Adicionalmente, este tipo de críticas corre el riesgo de ser rápidamente replicadas por el adversario, debilitando aun más la discusión sustantiva. ¿Que impide a los defensores de la reforma constitucional señalar que los que lo critican también solo tienen intenciones no genuinas ocultas (por ejemplo, impedir que los partidos tradicionales logren apoyo popular y logren desbancar al Encuentro Progresista del gobierno)? ¿Que ganamos en términos de soluciones para el problema de fondo si el debate se transforma en un fuego cruzado de estrategias electorales no reveladas?

⁴ Estos tres puntos los planteo en Trajtenberg (2011).

En segundo lugar, los que presentan este tipo de propuestas son calificados implícita o explícitamente de *ignorantes*. Es decir, están aplicando medidas que probadamente jamás han funcionado en ninguna parte del mundo (Bayce 2011, Silva y Rosich 2008).⁵ Y en algunos casos se señala que incluso existe evidencia en nuestro propio país citándose como ejemplo de endurecimiento penal inefectivo como las leyes de seguridad de los años 1995 y 2000 solo provocaron un aumento de la población carcelaria (Palummo 2011). En definitiva, asumir racionalidad en los que cometen delitos, y en particular en los jóvenes es un error y lleva a políticas ineficaces.

Respecto al primer punto, es interesante observar que este tipo de enunciados rara vez van acompañados de referencias o estudios que las respalden. Con esto no estoy queriendo decir que la investigación respalde la idea de la racionalidad o de la reducción de la edad de imputabilidad. Como veremos en el punto II de este artículo, es verdad que existe mucha investigación internacional que cuestiona la idea del ofensor racional y más específicamente la inefectividad de la severidad como estrategia de reducción del delito. No obstante, también existe investigación y destacados científicos sociales que intentan probar lo contrario. No entiendo porque se asume que la carga de la prueba la tienen solo los proponentes de la reforma. Por otra parte, el segundo punto ilustra la idea problemática que se posee acerca de cómo se prueba la efectividad o inefectividad cuando se implementan políticas o medidas. Aun sin plantearnos un escenario de máxima exigencia metodológica para evaluar políticas (experimentos, cuasi experimentos o alguna variante cercana), al menos si se va a realizar referencia a la realidad del Uruguay deberíamos exigir un análisis estadístico más sofisticado que involucre el control de las variables independientes e intervinientes decisivas, y no una simple asociación descriptiva entre cambios legales y tendencias en la población penitenciaria.

En tercer lugar, he visto que frecuentemente se argumenta que estas propuestas de reforma son *anacrónicas* por que nos retrotraen a medidas antiguas que Uruguay intentó implementar hace más de 70 años y encima en épocas de *dictadura*! Adicionalmente implican una violación de la normativa vigente internacional en derechos humanos, lo cual implicaría que Uruguay no ratificaría la

⁵ Vale señalar que Silva y Rosich (2008) plantean un argumento más razonable y refinado. En lugar de señalar que las políticas de tolerancia cero no funcionaron nunca, advierten el peligro de trasladar acríticamente dichas políticas desde países desarrollados como EEUU o UK a países como Uruguay debido a las diferencias económicas, sociales, demográficas y culturales. No obstante, tampoco se cita evidencia empírica que muestre que este tipo de políticas han fracasado en estos contextos.

Convención de los Derechos del Niño (CDN) quedando en compañía de países como USA. En definitiva, los defensores de esta propuesta o bien son (nuevamente) ignorantes, o bien les parece irrelevante el respeto de los *derechos humanos* (Palummo 2011).

Este tipo de descalificación de la propuesta y sus defensores es nuevamente problemática. Que una propuesta reflote un aspecto o elemento planteado hace muchos años no la hace necesariamente negativa, salvo que asumamos que existe una inevitable evolución positiva de nuestras instituciones (de acuerdo a algún tipo de principio moral) sin retrocesos o *zig zags*. De hecho, si finalmente lograra imponerse este cambio jurídico y dentro de muchos años intentáramos su modificación (volver a los 18 años como línea base de responsabilidad penal adulta), acaso aceptaríamos que nos rechazaran simplemente apelando a la antigüedad del cambio que pretendemos implementar? También encuentro inadecuado apelar a estrategias retóricas donde se genera directa o indirectamente una asociación *contaminante* entre esta propuesta y períodos de dictadura o a países con mala fama en términos de derechos humanos como EEUU.⁶

En forma convincente los especialistas señalan que la propuesta contradice a la CDN (Palummo 2011). Sin embargo, me parece que la discusión no debería agotarse en este punto jurídico. Los críticos de la reforma deberían establecer explícitamente cómo y porque bajar la edad de imputabilidad penal en los jóvenes es un problema en términos de los derechos humanos. Y ello involucra parcialmente una discusión muy compleja acerca de que significan esos derechos humanos y como se conectan con dos aspectos centrales: i) qué buscamos cuando castigamos penalmente y ii) como definimos la agencia moral de aquellos a los que castigamos. ¿Cuándo y bajo qué condiciones establecemos que alguien es un agente moral, consciente de sus actos, capaz de distinguir claramente entre el bien y el mal, y por ende susceptible de ser juzgado y castigado como tal? Más allá de lo que establezcan los marcos legales y las convenciones internacionales, este es un debate complejo donde participan la criminología, derecho penal, filosofía del castigo, sicología, neurociencia, etc. Por ende, más allá de que más adelante mencionare algunos elementos contrarios a la idea de que los jóvenes puedan ser considerados penalmente

⁶ Esta falacia de mala compañía es una variante de la falacia *ad hominem*: consiste en desautorizar una idea por la vía de cuestionar no a la persona que la defiende (falacia *ad hominem*), sino por la vía de demostrar que esa misma idea fue defendida por otros individuos o instituciones que inspiran rechazo (Copi 1990).

responsables como si fueran adultos, no estoy seguro que sea adecuado señalar sin más que los que pretenden disminuir la edad de imputabilidad, por el hecho de tener cortocircuitos con la CDN automáticamente pasan a carecer de preocupación por el respeto de los derechos humanos.

II. Discutiendo los supuestos claves de la propuesta

II.a. La importancia de los jóvenes en el problema del delito y la inseguridad en Uruguay

En la introducción señalaba que uno de los supuestos básicos de la propuesta es que los jóvenes poseen un grado de responsabilidad elevado en el volumen de delitos y de la inseguridad en Uruguay.

Es importante señalar que existen serios problemas con la validez y confiabilidad de la información generada por los sistemas de información, así como con el grado de transparencia de las instituciones encargadas de dichos sistemas. La mayoría de los informes periodísticos o planteos parlamentarios basan su diagnóstico en cifras policiales de dudosa validez tanto por cómo es construido el dato donde muchas veces no se discierne víctima de victimario, como porque buena parte de las denuncias que registra la policía luego son desestimadas cuando llegan al Poder Judicial. Al mismo tiempo, desde el Ministerio del Interior y desde el INAU no se observa mucha voluntad por ofrecer un panorama claro, transparente y de fácil acceso a la ciudadanía sobre la información disponible en relación a los adolescentes que cometen delitos (ver Aloisio 2011 para el caso del SIPI – INAU).

De todas maneras, y aun en un contexto de información muy poco fiable, la reconstrucción realizada por Unicef muestra que las cifras de intervención policial por delitos contra la propiedad, la persona y sexuales se han mantenido relativamente constantes (UNICEF 2010). Cuando se emplea información de mayor validez (sentencias judiciales) las cifras indican que para el periodo 2005 – 2010 efectivamente crecieron algunas de las modalidades de delitos de los jóvenes. Más específicamente, salvo en el caso de los hurtos, hubo un crecimiento de los homicidios, copamientos y rapiñas (OPP – MIDES 2012).⁷ No obstante, más allá del crecimiento de estos tipos delictivos, una de las cla-

⁷ Mientras los hurtos aumentaron 1.4 a 0.5 cada 1000 jóvenes menores de 18 años, los homicidios aumentaron de 0.03 a 0.05, las rapiñas aumentaron de 0.53 a 1.47 y los copamientos de 0.09 a 0.19 (OPP – Mides 2012).

ves es identificar qué proporción del volumen total del delito representan. Y en este sentido, sorprende que el volumen total de asuntos iniciados en materia penal no solo no exhibe ningún pico de crecimiento muy pronunciado sino que se mantiene relativamente estable⁸, sino que los asuntos penales iniciados a jóvenes en relación al volumen global de asuntos penales es también relativamente constante y nunca superior al 7%.⁹ En definitiva, si bien se observa un crecimiento de ciertas variantes delictivas en los adolescentes el crecimiento global es relativamente bajo y su peso en el total de los asuntos penales se mantiene también bajo. Por ende, parece problemático defender la efectividad de una reforma que se propone resolver los problemas de delito e inseguridad del Uruguay cuando su población objetivo tiene tan baja incidencia en el volumen total de delitos.

II.b. ¿Cuál es la eficacia de incrementar la severidad de las penas?

Un segundo supuesto de esta reforma es que un aumento de los costos penales, más específicamente de la severidad de las penas, es una forma eficaz de disminuir el delito de los jóvenes. Este argumento puede ser defendido tanto por la vía de que penas altas disuadirán a los adolescentes que racionalmente juzgaran como muy costoso reincidir,¹⁰ como por la vía de que dichas penas permitirán incapacitarlos y mantenerlos imposibilitados físicamente de reincidir.

En relación a la capacidad **disuasoria** de las sanciones penales, la literatura especializada parece demostrar persuasivamente la dudosa validez empírica de asumir la racionalidad de los jóvenes infractores. Por un lado, la investigación empírica evidencia que ni siquiera los individuos adultos toman decisiones perfectamente racionales cuando delinquen. Buena parte de los estudios que defienden la idea de incrementar la severidad de las penas (Becker 1968, Ehrlich 1975, Heineke 1988), tienden a emplear tasas agregadas de arrestos policiales o sanciones penales jurídicas y por ende no permiten evaluar los

⁸ El total de casos iniciados a jóvenes de edad fue de 2720 en 2004, 3200 en 2005, 2198 en 2006, 2122 en 2007, 2742 en 2008 y 2948 en 2009 (UNICEF 2010).

⁹ El porcentaje de asuntos penales de adolescentes en relación al total de casos adultos es de 6,9 % en 2004, 6,9% en 2005, 4,5 % en 2006, 4,6 % en 2007, 5,3% en 2008 y 5,9% en 2009 (UNICEF 2010).

¹⁰ Como señala ilustrativamente el premio nobel Gary Becker, el fundamento de este tipo de políticas es establecer costos penales suficientemente altos como para que el ofensor se convenza de que "el crimen no paga" (Becker 1968). La propuesta de reforma es un aumento de los costos penales ya que implica que los jóvenes de 16 a 17 años que cometan ciertos delitos tipificados por la ley pasaran a estar regidos por un sistema de penas adulto que involucra sentencias más largas.

supuestos cognitivos de los ofensores sino que son siempre supuestos de partida que son inferidos muy indirectamente (Miller & Anderson 1986, Williams & Hawkins 1986). Muchos autores han discutido el supuesto de asumir que la disuasión opera en forma automática. La amenaza de castigo objetivo no significa nada si los individuos no son conscientes de su efectiva magnitud (Akers 1997). Incluso dentro de la propia tradición de la *rational choice* se admite que las decisiones delictivas de los ofensores se ven seriamente afectadas por carecer de toda la información relevante, la existencia de limitaciones de tiempo, la tendencia a priorizar el corto plazo en relación al largo plazo, la imprudencia y escasa consideración de consecuencias, etc. (Clarke & Felson 1993, Clarke 2005). Adicionalmente, recientemente las ciencias sociales, y la criminología en particular, han marcado la importancia de los componentes irracionales, viscerales y emocionales y su impacto distorsionante sobre la capacidad de tomar decisiones de los individuos (Katz 1988, De Haan & Vos 2003, Hayward 2007, Elster 2008).

Aun asumiendo una percepción adecuada de los costos penales los estudios de disuasión muestran consistentemente que la severidad de las penas tiene escasa relevancia y que en todo caso el efecto disuasorio está más fuertemente asociado a la certeza de ser aprehendido legalmente o a la posibilidad de sufrir sanciones informales por parte de familiares o seres queridos (Grasmick & Bursick 1990, Paternoster 1987, Paternoster & Piquero 1995, Nagin 2007).

Por otra parte, la solidez metodológica y la estabilidad de los hallazgos de los estudios que defienden la efectividad de incrementar la severidad de las penas ha sido fuertemente cuestionada. Por ejemplo, Passell y Taylor (1977) reanalizaron el paradigmático estudio de Ehrlich (1975) que justificaban la pena de muerte y demostraron que solo valía para algunos años y que cambiando las técnicas metodológicas alteraba radicalmente los resultados obtenidos. También se ha observado que muchos de los estudios que respaldan la disuasión no controlan adecuadamente tanto lo ocurrido durante la experiencia penitenciaria (por ejemplo, si el individuo recibió algún tipo de tratamiento) como en su salida (si tuvo algún vínculo de pareja o laboral decisivo) (McGuire & Prestley 1995, Sampson y Laub 2003, Greenberg 2006). Por ello, en muchos casos resulta problemático establecer que son los costos penales los que explican efectivamente por qué los jóvenes no reincidieron.

Es interesante señalar que aun cuando se asegurase que aumenta la certeza de que los adolescentes van a ser castigados penalmente (algo que la reforma

planteada en Uruguay no involucra¹¹), la evidencia de la investigación internacional especializada no da lugar a mucho optimismo. La intuición básica detrás de este tipo de reformas es que las personas aprenderán la lección si sufren dolor como resultado de haber quebrado la ley. No obstante, como señalan algunos psicólogos especializados en instituciones penitenciarias, someter a los jóvenes a castigos penales (fundamentalmente la privación de libertad) cumple con muy pocos de los criterios necesarios y probados experimentalmente para que el castigo opere como principio efectivo para generar un cambio en el comportamiento no deseado (delito): los castigos penales no son inevitables, no son inmediatos, no involucran la máxima intensidad o severidad, no existe un refuerzo positivo de conductas alternativas, y rara vez existe una clara comprensión del castigo por parte del ofensor (McGuire & Prestley 1995, Gendreau 1996).

Otras pruebas empíricas de la dudosa eficacia de incrementar los costos del castigo penal lo constituyen el fracaso en la reducción de reincidencia de los programas *scared straight* (Petrosino et al 2007) y los *boot camps* (Cullen 2005, Wilson & MacKenzie 2007)¹² o la evidencia empírica de que controlando por escala de riesgo, se observan mayores niveles de reincidencia en los individuos que poseen sentencias penales más largas en relación a los similares ofensores con sentencias más cortas (Gottfredson et al 1977).

Existe una larga acumulación en los estudios criminológicos sobre los efectos del etiquetamiento (Becker 1963, Lemert 1981, Braithwaite 1989) donde se argumenta que la severidad de las penas no solo no genera efectos positivos sino que puede dar lugar a efectos contraproducentes en términos bloquear vínculos con educación, trabajo, familia y comunidad, generar y ampliar el vínculo con mundo delictivo, y aumentar la reincidencia. Más recientemente, desde la teoría del desafío (Sherman 1993) o de la Criminología Cultural (Ferrell et al 2008) se plantea que cuando los individuos perciben injusticia en la sanción de determinadas actividades, al ser castigados por dichas actividades puede

¹¹ La reforma no plantea aumentar los recursos policiales o judiciales que impliquen una mayor seguridad de que los jóvenes van a ser arrestados y condenados.

¹² Los programas *scared straight* consisten en llevar a estudiantes de secundaria que exhiben problemas de comportamiento, conductas anti sociales y/o delictivas a las prisiones para que perciban las duras condiciones de vida y los desestimen de continuar teniendo estos comportamientos. Los programas *boot camps* consisten en centros penitenciarios donde siguiendo las técnicas de entrenamiento de los reclutas militares se aplican regímenes de disciplina y autoridad muy estrictos que incluyen ejercicio físico extremadamente exigente.

llevarlos a ofender en forma más intensa como una forma de protesta social o expresión de indignación.

No obstante, como señale inicialmente, estas reformas también pueden defenderse apelando a su efecto **incapacitador**. Disminuir la edad de imputabilidad penal involucrara que un grupo de individuos entre 16 y 17 años pasaran a estar privados de libertad durante periodos de tiempo más extensos por cada delito que cometan y sea detectado por el sistema. Es claro que esos jóvenes estarán lógicamente imposibilitados de reincidir y poner en peligro al público durante dicho periodo. Es menos claro si tener a estos jóvenes encerrados tendrá un impacto significativo sobre el volumen general de delito en Uruguay. De hecho, las cifras anteriormente mencionadas sobre el muy débil peso de las causas penales cometidas por los jóvenes sobre el total de causas penales (UNICEF 2010) parecen sugerir lo contrario. Adicionalmente, en principio la incapacitación tiene sentido para ser aplicada a jóvenes que son multi reincidentes. En Uruguay carecemos de información clara acerca de la reincidencia de los jóvenes (en particular de la reincidencia no detectada). No obstante, la escasa información disponible indica que es importante discriminar al interior de la población institucionalizada: casi el 40% de los adolescentes son primarios y más de la mitad tiene a lo sumo dos entradas, y menos de una tercera parte poseen una trayectoria institucional de cuatro entradas o más (Chouhy, Vigna y Trajtenberg 2010).

En términos más generales, la incapacitación como una forma costo eficiente de disminuir el volumen de crimen y los costos sociales y económicos (Dilulio y Piehl 1991, Levitt 1996) ha sido seriamente cuestionada por la literatura especializada. Estimar cuanto crimen se podría haber producido y se ha evitado a través de la incapacitación es una tarea extremadamente compleja que depende de predecir con precisión las probabilidades de reincidencia de los ofensores (asociada a escalas de riesgo), y de realizar estimaciones de costos y beneficios en relación al crimen evitado. Aun las versiones más perfeccionadas de las escalas de riesgo de tercera generación que incluyen tanto factores de riesgo estáticos como necesidades criminógenas dinámicas han sido criticadas por su alta inestabilidad, escasa validez de las bases informativas en las que se basan y por sus problemáticos niveles de predicción que implican en el mejor de los casos, tasas de acierto cercanas al 70% (Jones 1996, Petersilia 2003).

Los críticos de la incapacitación señalan que la privación de libertad posee efectos marginales sobre el volumen global de crímenes (Petersilia 1997, 2003).

Por ejemplo, el trabajo pionero de Greenberg (1975) ya mostraba que duplicar la cantidad de tiempo previsto en prisión solo disminuía el delito en el mejor escenario en un 0.6 %. Cohen (1978) también estimó que para reducir en un 10% el índice de delito se requeriría el incremento de la población penitenciaria en un 157% para el Estado de California, y en un 263% en el Estado de Nueva York. Es decir, para lograr un efecto real y significativo sobre el crimen se necesita aumentar la población penitenciaria a niveles inaceptables desde el punto de vista ético y económico (Greenwood et al 1994, McGuire & Prestley 1995).

Dadas las debilidades de la incapacitación genérica, algunos autores como Greenwood (1982) han defendido implementar formas de incapacitación específica para ofensores de alto riesgo. No obstante, los evidentes problemas éticos involucrados en castigar anticipadamente a individuos por delitos que no cometieron, se agravan cuando la ya referida imprecisión de los instrumentos de predicción determinan un riesgo inaceptablemente elevado de falsos positivos.¹³ Adicionalmente, los resultados de Greenwood era muy variables según el Estado y en muchos casos no ofrecían una diferencia muy significativa en relación a los costos económicos de la incapacitación colectiva. Por ejemplo, para el Estado de Texas, Greenwood estimaba que se debería incrementar en un 30% la población penitenciaria para disminuir los robos en un 10% (Lab 2011). Incluso estos resultados han sido cuestionados señalando que la metodología empleada subestima los niveles delictivos pasados y sobre estima los delitos futuros y los beneficios de la política incapacitatoria (Visher 1987).

II.c. Agencia moral, imputabilidad penal y adolescencia

Una forma alternativa de plantearse la defensa de la reforma constitucional es abandonar argumentaciones consecuencialistas que prometen resultados positivos (disminución del delito y la inseguridad) y apelar a razones deontológicas: los jóvenes de 16 años ya poseen la responsabilidad adulta y por ende son agentes moralmente responsables y merecen recibir un castigo penal acorde al daño moral causado a la sociedad, independientemente de cuál sea el efecto sobre su futura reincidencia.¹⁴

¹³ Los instrumentos de predicción de reincidencia delictiva generan dos tipos de errores: i) individuos no reincidentes pero que ex ante son detectados como tales por el instrumento (falsos positivos); ii) individuos reincidentes que no son detectados por el instrumento (falsos negativos). Mientras en los errores del primer tipo el costo recae sobre el ofensor, en los de segundo tipo el costo recae sobre la comunidad (Jones 1996).

¹⁴ Es importante señalar la evidente doble moral que se asume bajo estas propuestas en tanto se considera que la responsabilidad adulta solo corresponde aplicarse a ciertas áreas, y en particu-

En este sentido es importante señalar que bajo el marco jurídico actual los jóvenes menores de 17 años no son penalmente inimputables. En realidad, quienes son inimputables penalmente son los individuos entre 0 y 12 años. Entre los 13 y los 17 años, los jóvenes son imputables pero bajo un sistema de responsabilidad penal juvenil menos severo (el Código de la Niñez y la Adolescencia). Es decir, la reforma lo que pretende es los adolescentes de 16 y 17 años pasen a ser juzgados por el sistema penal adulto para determinados delitos.

Determinar a qué edad debemos definir la responsabilidad penal adulta plena no parece tener una fácil solución, y probablemente sea ingenuo pensar que algún día podamos establecer científicamente un punto de Arquímedes que elimine toda injusticia o arbitrariedad.¹⁵ De hecho, la normativa penal comparada muestra que no existe un consenso en torno a este punto. Mientras en un extremo algunos países se asemejan a Uruguay y establecen como edad de responsabilidad penal adulta los 18 años (por ejemplo, Brasil, Bélgica o Chile) otros se plantean el límite de la responsabilidad penal en los 6 o 7 años (por ejemplo India, Sudáfrica o el Estado de Carolina del Norte en EEUU).

Algunos expertos señalan que en las últimas tres décadas la presunción de que los jóvenes poseían una responsabilidad penal disminuida en relación a los adultos ha ido perdiendo peso, observándose una creciente disolución de la protección histórica de la infancia (Muncie 2008). Esta creciente punitividad se refleja no solo en esfuerzos por disminuir la edad de responsabilidad penal sino también en la introducción de medidas y sanciones particularmente severas (que incluyen la pena de muerte) para ciertos delitos graves; la habilitación “puertas trampa” en el sistema penal juvenil donde determinados perfiles y delitos habilitan a que el adolescente sea trasladado al sistema adulto penal;

lar a la que involucran costos y responsabilidades penales, pero no a otras áreas de la vida que involucrarían ampliar el conjunto de derechos y oportunidades de los adolescentes: votar, casarse sin permiso de padres, ser propietario, trabajar y viajar sin restricciones o permisos especiales, comprar alcohol, apostar e invertir, servir como jurado en juicios penales, etc.

¹⁵ Parece imposible que no resulte arbitrario plantear un punto fijo donde se inicia la madurez y agencia moral y penal del individuo. ¿Acaso un joven que tiene 17 años y 364 días adquiere mágicamente la adultez un día después cuando cumple los 18 años? Algunas jurisdicciones habilitan a que el juez establezca caso a caso si el joven posee o no la madurez y discernimiento equivalentes a los de una persona adulta. El problema es que este diseño demandaría una justicia con muchos más recursos y tal vez implicaría empeorar la celeridad de sus procesos. Por otra parte, la experiencia en algunos estados de EEUU indica que en muchos casos estos procedimientos se terminan rutinizando y automatizando determinando que muchos jóvenes pasen a sufrir condenas de adultos minimizándose hasta casi desaparecer el componente de evaluación (Bishop y Decker 2006).

el desarrollo de sistemas mixtos donde la pena se inicia en los sistemas penales juveniles y culminan en los sistemas penales adultos; la diversificación de sanciones penales para ofensas de estatus y comportamientos anti sociales, la expansión del uso de la privación de libertad, etc. (Bishop y Decker 2006, Morgan y Newburn 2007, Morgan 2009).

Es interesante señalar que esta tendencia a incrementar el nivel de responsabilidad de los jóvenes de las últimas décadas ocurre justo cuando los últimos desarrollos en la investigación en neurociencia demuestran la existencia de diferencias importantes y decisivas entre el cerebro de los adolescentes y los adultos (Rutherford 2002). Hay un creciente reconocimiento de que el cerebro humano no termina de conformarse hasta la tercera década. Si bien el tamaño del cerebro se mantiene desde la niñez, existen importantes ajustes en términos de conectividad, velocidad y eficiencia del funcionamiento cerebral, que puede implicar impedimentos o limitaciones para la toma de decisiones del individuo (Walsh 2011).

Las diferencias de funcionamiento cerebral entre adolescentes y adultos es clave ya que determina la habilidad y capacidad para: pensar, evaluar y comparar alternativas y sus posibles resultados; procesar información para la toma de decisiones; controlar determinados impulsos o tendencias a la acción. Rutherford plantea como mientras los adolescentes procesan la información a través de la amígdala cerebral fuertemente asociada a las emociones, los adultos tienden a filtrar la información los datos a través del córtex pre frontal, parte del cerebro mas asociada al pensamiento racional y a la regulación y control de los impulsos (Rutherford 2002). Adicionalmente, la capacidad cognitiva y de juicio plena pueden comenzar a aparecer en la vida del joven pero en forma intermitente o no en todas las dimensiones de su vida, hasta que llega a la madurez adulta (Baird y Fuselgang 2004 citados en Walsh 2011). Un elemento adicional es que investigaciones recientes han mostrado que las experiencias de abuso, negligencia y maltrato pueden afectar negativamente el desarrollo cerebral, agravando de estas maneras las limitaciones y bloqueos que ya de por si poseen los adolescentes (Caspi et al. 2002).

Si bien la investigación en neurociencia está lejos de ser concluyente, al menos ofrece evidencia empírica que cuestiona el argumento de que el adolescente posee las capacidades cognitivas y de juicio moral similares a las del adulto y que por ende debería ser juzgado como tal por el sistema penal. Más bien, llama a asumir carácter transitorio del delito juvenil debido al claro vinculo que posee con los procesos de desarrollo y madurez cerebral (Walsh 2011).

III. En la búsqueda de escenarios alternativos: cuatro pistas posibles para recuperar la esperanza de la ciudadanía: Rehabilitación, desistimiento, restauración y rendición de cuentas

Reconozco que resulta difícil pensar alternativas no punitivas para trabajar con los jóvenes infractores, sobre todo habida cuenta de la mala fama y escaso prestigio que actualmente cuenta quien ha ocupado tradicionalmente dicho lugar: la *rehabilitación*. De hecho, la vaguedad del término determina que no signifique nada o que al menos no esté muy claro qué tipo de prácticas o procesos implica. Y más importante aún, existe una fuerte desconfianza en relación a su posible eficacia para resolver los problemas de reincidencia de los jóvenes. Inclusive, desde hace cuarenta años que hay fuertes objeciones hacia la irrelevancia de la rehabilitación para resolver los problemas del crimen juvenil (Martinson 1974), y esta desconfianza es la que ha estimulado a la *tradicción neo conservadora* y la *criminología administrativa* a defender políticas centradas en la disuasión y la incapacitación de los ofensores (Rojido, Trajtenberg & Vigna 2011). No obstante, durante estas décadas hubo un fuerte desarrollo de variantes de programas de prevención terciaria con jóvenes que han demostrado resultados alentadores y que podrían guiar la práctica en Uruguay, ofreciendo bases para una alternativa que devuelva la esperanza a la ciudadanía. Más específicamente, me interesa destacar cuatro elementos claves.

En primer lugar, hay evidencia empírica acumulada de que los *programas de tratamiento* más *exitosos* son aquellos que han focalizado en el desarrollo de habilidades cognitivas, auto control, manejo y gestión de las emociones, habilidades sociales, habilidades de resolución de problemas interpersonales, perspectiva social y empatía, razonamiento crítico, estilos cognitivos, desarrollo moral, etc. (McGuire & Priestley 1995, Robinson & Porporino 2001, Lipsey & Landenberg 2006). No obstante, un problema de los tradicionales programas de tratamiento es su foco excesivamente terapéutico y centrado en la privación de libertad. Adicionalmente, la tradición del desistimiento ha demostrado la importancia decisiva de los aspectos extra institucionales (vínculos familiares, de pareja y comunitarios) para que los individuos abandonen el delito (Sampson & Laub 2003).

Por ello, en segundo lugar, las políticas preventivas terciarias han apostado fuertemente a priorizar “el afuera” y a romper con el supuesto de que los programas de tratamiento necesariamente involucran la privación de libertad. La idea de rehabilitación es sustituida por la idea de reingreso como transición

hacia la libertad que, sin descuidar los procesos y programas al interior de las instituciones penitenciarias, busca focalizarse también en el proceso de liberación y fundamentalmente en el *contexto social y comunitario de liberación* de los ex ofensores. Es decir, es clave destinar esfuerzos a preparar a las comunidades y a sus agencias, organizaciones y actores claves para recibir a los jóvenes ofensores liberados, y como plantear vínculos positivos no opresivos entre dichos agentes comunitarios, los servicios post penitenciarios del Estado y la población liberada (Losel 2001, Petersilia 2003, Lynch 2006, La Vigne, Solomon, Beckman & Dedel 2006, Visher 2007).

Un tercer elemento es priorizar el aspecto *restaurativo* de los procesos de justicia juvenil. En las últimas dos décadas la justicia restaurativa ha tomado un creciente protagonismo de la mano de algunos criminólogos como Braithwaite, Daly, Strang y Walgrave entre otros. Más allá del debate sobre algunas de sus limitaciones¹⁶, existe un conjunto creciente de estudios que demuestran los beneficios de emplear este tipo de programas. Aun cuando su objetivo central no es la reincidencia, poseen tasas de eficacia superiores o al menos tan buenas como las de los programas anclados en el sistema de justicia penal convencional (Sherman y Strang 2007), y en particular en poblaciones juveniles (Maxwell & Morris 2001, 2006). En parte la menor reincidencia se debe a que los procesos de justicia restaurativa permiten generar mayor empatía desde los ofensores hacia las víctimas y sus familiares; otorgan un espacio de diálogo y comunicación donde las distintas partes pueden presentar su versión de lo ocurrido; minimizan los procesos de estigmatización y exclusión de los ofensores; buscan maximizar el uso de alternativas no privativas de libertad ancladas en los recursos comunitarios y al mismo tiempo aprovechan y refuerzan los sistemas de control informal y comunitario (Braithwaite 2002, Walgrave 2008). En este sentido, un aspecto relevante de los programas de justicia restauradora es que también permiten lograr impactos importantes en las víctimas y sus familia-

¹⁶ En los debates sobre los límites de la justicia restaurativa existen dudas en varios aspectos: como resolver los problemas de inconsistencia y desproporcionalidad de las sentencias entre las diferentes conferencias; que rol que deben jugar las emociones de víctimas, victimarios y otras partes involucradas; cuanto poder e incidencia deberían tener las víctimas y por ende que tipo de límites externos (superiores e inferiores) deberían plantearse a las soluciones llegadas por las partes; como resolver los problemas de asimetría de poder entre los participantes en las conferencias; qué tipo de rol deben poseer los profesionales que ofician de mediadores; como evitar problemas de revictimización particularmente en algunos delitos como el abuso sexual o la violencia en el hogar; que valor posee el pedido de perdón y cómo lidiar con la posibilidad de engaño o falta de sinceridad desde los ofensores; que grado de voluntad debe involucrar la participación de los ofensores, etc. (Ashworth 2002, Bottoms 2003, Von Hirsch, Ashworth & Shearing 2003, Cunnen & Hoyle 2010).

res (disminuyendo los costos y síntomas de stress postraumático, la sensación de injusticia e insatisfacción, el deseo de venganza, etc.) así como también en otros actores de la comunidad (Sherman & Strang 2007, Hoyle 2010). Este último aspecto es particularmente atractivo para el contexto presente del Uruguay, ya que permitiría ofrecer un alternativa no punitiva en el cual las víctimas, los familiares y el resto de la ciudadanía perciba que su voz y sus preocupaciones son tomadas en cuenta. Al mismo tiempo, el modelo de justicia restaurativa, no implica insensibilidad ante jóvenes infractores reacios o no dispuestos a dialogar y ayudar a restaurar el problema generado a raíz de su delito. Braithwaite plantea la *pirámide regulatoria* donde si bien la primer reacción o reflejo debe ser siempre dialógica y restauradora, ante la ausencia de respuesta o el fracaso de los esfuerzos, el sistema debe estar preparado para ascender en la pirámide regulatoria y responder con medidas disuasorias, y hasta incapacitantes en el peor de los casos (Braithwaite 2002a).¹⁷

Finalmente, como cuarto punto es fundamental que tenga lugar un cambio radical en lo que refiere a los sistemas de información disponibles. Por un lado, sin información solida, confiable y de acceso público sobre todo el proceso sufrido por los adolescentes infractores (desde arresto hasta internación) y los niveles de reincidencia difícilmente se puedan establecer diagnósticos acerca de cuán importante es el problema del delito juvenil en Uruguay ni cómo ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. Pero más importante aún, tampoco podremos evaluar el grado de impacto de los distintos esfuerzos de política pública que intentemos establecer. Por otro lado, e íntimamente vinculado, es fundamental que los sistemas de información permitan abrir la caja negra del INAU. En la actualidad, es imposible saber a ciencia cierta qué es lo que ocurre exactamente con los jóvenes ofensores tratados por INAU. Sabemos que ingresan, circulan por distintos hogares y que luego egresan. Independientemente de si ese egreso constituye una fuga, una posterior reincidencia o un caso exitoso de un joven que abandona el delito, es imposible saber a qué se debe. Es decir, este diseño institucional opaco no provee información ni incentivos que permitan distinguir y reforzar diferencialmente los hogares, turnos, programas y educadores según la eficiencia y eficacia de los procesos y resultados que generen.¹⁸

¹⁷ No obstante, mientras el ascenso punitivo debería estar gobernado por la cautela y la lentitud, el menor signo de conformidad y disposición al diálogo por parte el ofensor debería rápidamente habilitar un descenso hacia medidas más dialógicas y menos punitivas (Braithwaite 2002a).

¹⁸ Parece obvio aclarar que establecer un sistema más transparente y donde exista una mayor rendición de cuentas de los hogares, programas y educadores, no significa que los mismos van a

Esta mayor transparencia y rendición de cuentas institucional permitiría lograr dos ventajas adicionales asociadas a dos características relevantes de las políticas exitosas. Al igual que en otras sociedades, en Uruguay el delito y la reincidencia juvenil constituyen un problema complejo que i) no tiene una única y mágica solución y que ii) al mismo tiempo demanda una fuerte inversión de recursos económicos. Establecer este tipo de sistema tendría dos ventajas. En primer lugar, permitiría experimentar institucionalmente con distintas modalidades de programas y enfoques para ir contrastando sucesivamente sus distintas fortalezas, debilidades y resultados. Dependiendo de las características de los jóvenes, su entorno y del tipo de delito y trayectoria delictiva, podríamos generar un sistema que ofrezca una pluralidad de modalidades de trabajo que adapten las distintas experiencias internacionales exitosas al contexto de Uruguay siempre y cuando estén sometidos a evaluación y ofrezcan niveles de eficacia y eficiencia aceptables. En segundo lugar, este sistema abierto y contrastable con ejemplos claros de experiencias exitosas claramente identificables ofrecería una base más firme y convincente para reclamar a la ciudadanía y sus representantes políticos los recursos económicos necesarios para trabajar con adolescentes infractores.¹⁹

IV. Conclusiones

En definitiva, creo que existen buenas razones para ser poco optimistas en relación a políticas que apelen exclusivamente a incrementar los costos penales, y en particular a la propuesta de reforma constitucional sobre reducción de la edad de responsabilidad penal adulta en Uruguay. Todos los supuestos en los que se basa la reforma son fuertemente cuestionables. En primer lugar, parte de un diagnóstico

ser medidos y responsabilizados exclusivamente en base a la reincidencia de los jóvenes con los que trabajan. Más allá de que se podrían pensar y discutir diversas variantes de sistemas de evaluación más complejos con diversos tipos de indicadores de procesos y resultados, lo importante es romper con un sistema donde no existen incentivos claros para tener mejores rendimientos.

¹⁹ Se puede argumentar que la ciudadanía tiene preferencias punitivas y que los políticos naturalmente harán lo necesario para satisfacerlas y así obtener réditos electorales (Bottoms 1995, Garland 2001), lo cual lleva a ser más pesimistas en cuanto a la posibilidad de lograr convencer a ambos actores acerca de la necesidad de invertir en políticas no punitivas focalizadas en los jóvenes infractores. No obstante, la investigación especializada ha problematizado el mito de la opinión pública punitiva mostrando que estas actitudes punitivas ciudadanas suelen observarse en estudios basados en opciones dicotómicas donde el encuestado carece de alternativas no punitivas. Los resultados de encuestas más refinadas y complejas muestran que el público está lejos de ser indiscriminadamente punitivo, y cuando se le plantean alternativas suele ser bastante más favorable a la rehabilitación y al perdón, por oposición al castigo y la mera retribución (Applegate et al. 1997, Cullen et al. 2000).

que asume problemáticamente que los adolescentes poseen una elevada incidencia en el volumen de delitos del Uruguay. En segundo lugar, la investigación especializada internacional demuestra que el tipo de solución propuesto (basado en la disuasión y la incapacitación) ha exhibido múltiples problemas y en particular una débil viabilidad y escasa eficacia para disminuir el problema del delito y la reincidencia juvenil. En tercer lugar, aun la defensa deontológica de la reforma es problemática: la idea de que los adolescentes poseen una agencia moral plena y que por ello es adecuado disminuir la edad de responsabilidad penal adulta ha sido cuestionada por los hallazgos recientes de la neurociencia.

Al mismo tiempo es posible superar la mera crítica y pensar en pistas que ayuden pensar una alternativa no punitiva que recupere experiencias exitosas internacionales. Ello implica plantear y adaptar experiencias exitosas en programas de rehabilitación, reingreso comunitario y justicia restaurativa. No obstante, el impacto de estos cambios será irrelevante sino no se plantean en el contexto de un sistema de gestión de la información más transparente y con mayor rendición de cuentas que permita evaluar diferencialmente las distintas propuestas y programas de trabajo.

Quienes creemos que esta propuesta de reforma es ineficaz y particularmente injusta con un sector vulnerable y desprotegido tenemos buenas razones para estar preocupados. Como señale inicialmente, la información que poseemos indica que en la actualidad existirían las condiciones para que la reforma fuera aprobada. Adicionalmente, resulta complicado debatir e intentar incidir en la opinión pública y en la ciudadanía ya que los defensores de la reforma muchas veces ignoran la evidencia empírica y apelan a argumentos falaces. No obstante, me preocupa que los críticos de la reforma en ocasiones intenten pagar con la misma moneda y apelen también a estrategias falaces y descalificatorias como vía para intentar derrotar esta propuesta de reforma. Si el objetivo es defender los derechos humanos de los jóvenes e intentar diseñar las políticas penales más justas y eficaces que podamos imaginar, debatir en estos términos me parece contraproducente. En lugar de intentar buscar la mejor versión de esta reforma, sus defensores y la ciudadanía que los respalda; en lugar de intentar tender puentes de diálogo, discusión y aprendizaje, los descalificamos y etiquetamos²⁰ como indefectiblemente estratégicos / mal intencionados, ig-

²⁰ Irónicamente, tal vez la teoría del etiquetamiento (Becker 1963, Lemert 1967) puede ser útil no solo para entender porque algunos jóvenes entran en conflicto con la ley y reinciden, sino también para entender porque algunos actores políticos y ciudadanos pueden irse recrudeciendo en sus posturas penales más punitivas.

norantes, e inmorales o indiferentes ante los derechos humanos. Mi impresión es que esta descalificación sumada a la incapacidad que los críticos hemos tenido para proveer alternativas claras, favorece a que una parte importante de la ciudadanía se refugie en su versión más punitiva e inflexible, y pierda todos los incentivos para evaluar sus creencias respecto a la reforma.

Por otra parte, aun imaginando que la propuesta de reforma fracasara, ¿cuán efímera puede resultar esta victoria si se obtiene por la vía de dinamitar las condiciones básicas del debate público? Si los críticos de la reforma nos volvemos cómplices de transformar el debate en un intercambio de descalificaciones, falacias y apelaciones emocionales, ¿qué tipo de lecciones, acumulaciones y puntos de encuentro dejaremos para pensar juntos un sistema penal juvenil justo, eficaz y creíble que permita enfrentar el futuro en forma más optimista? Por eso, si seguimos discutiendo de esta manera, perdemos siempre, independientemente del resultado

V. Bibliografía

- Aloisio, C. (2011) ¿De qué NO hablamos y qué NO sabemos sobre el debate de la baja de la edad de la imputabilidad?, Blog *Razones y Personas. Repensando el Uruguay*. <http://razonesypersonas.blogspot.com/>.
- Akers, R. (1997) *Criminological Theories. Introduction and Evaluation*. Los Angeles: Roxbury Publishing Company.
- Applegate, B. K., Cullen, F. T. and Fisher, B. S. (1997) 'Public support for correctional treatment: the continuing appeal of the retributive ideal', *The Prison Journal*, 77, 237–258.
- Ashworth, A. (2002), "Responsibilities, Rights and Restorative Justice", *British Journal of Criminology*, 42, pp. 578 – 595.
- Bayce, R. (2011) Menores estigmatizados y difamados, *ANTIDESTINO*, Revista de la Asociación de Educadores Sociales del Uruguay.
- Becker, G. (1968) *Crime and Punishment: An economic Approach*, *Journal of Political Economy*. Vol. 76, pp. 169 – 217.
- Bishop, D.M. & Decker, S.H. (2006) *Punishment and Control: Juvenile Justice Reform in the USA*, en Junger, J. y Decker, S. (eds.) *International Handbook of Juvenile Justice*, Dordrecht: Springer, Chapter 1.

- Bottoms, A. (1995) 'The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing', in C. Clarkson and R. Morgan (eds) *The Politics of Sentencing Reform*, pp. 17–49. Oxford. Clarendon Press.
- Bottoms, A. (2003) Some Sociological Reflections on Restorative Justice, in A. von Hirsch, J. Roberts, A. Bottoms, K. Roach and M. Schiff (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford, Hart, pp. 79 – 113.
- Braithwaite, J. (2002a) *Restorative Justice and Responsive Regulation* (New York: Oxford University Press).
- Braithwaite, J. (2002b) Worries about Restorative Justice, in Braithwaite, J. (ed.) *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University press, pp. 137 – 168.
- Caspi, A., McClay, J., Moffitt, T., Mill, J., Martin, J., Craig, I, Taylor, A., & Poulton, R. (2002) Evidence That the Cycle of Violence in Maltreated Children Depends on Genotype. *Science*, 297: 851 – 854.
- Chadee, D. (2003) Fear Of Crime And Risk Of Victimization: An Ethnic Comparison, *Social and Economic Studies*, Vol. 52, No. 1 (March), pp. 73-97
- Chouhy, C., Vigna, A. & Trajtenberg, N. (2010) *Algunos mitos del discurso conservador sobre los jóvenes en conflicto con la ley*, in SERPAJ, N° 3, Montevideo, Uruguay.
- Clarke, R. & Felson, M. (1993) Introduction: Routine Activity, Rational Choice and crime, en Clarke, R. y Felson, M. (eds.) *Routine Activity and Rational Choice*, Vol 5 *Advances in Criminological Theory*, New Brunswick, New Jersey.
- Clarke, R.V. (2005) Seven misconceptions of situational crime prevention. In Nick Tilley (ed.), *Handbook of Crime Prevention and Public Safety*. Portland: Willan Publishing.
- Cohen, J. (1978) The incapacitative effect of imprisonment: a critical review of the literatura, in Blumstein, A. et al (eds.) *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, Washintong D.C.: National Academy Press.
- Copi, I. (1990) *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires.
- Crawford, A. (2007) Situating Restorative Youth Justice in Crime Control and Prevention, in E. van der Spuy, S. Parmentier, and A. Dissel (eds.) (2007),

- Restorative Justice: Politics, Policies and Prospects, Cape Town, S.A.: Juta and Co Ltd., pp. 1-21.
- Cullen, F. T., Fisher, B. S. and Applegate, B. K. (2000) 'Public opinion about punishment and corrections' in M. Tonry (ed.) *Crime and Justice: A review of research*, Vol. 27 (Chicago: University of Chicago Press).
- Cullen, F. T. (2005) The twelve people who saved rehabilitation: how the science of criminology made a difference, *Criminology*, Volume 43, Num. 1.
- Cunnen, C. & Hoyle, C. (2010) *Debating Restorative Justice*, Debating Law, Hart Publishing UK.
- De Haan, W. & Vos, J. (2003) A crying shame: The over – rationalized conception of man in the rational choice perspective, *Theoretical Criminology* 7(1): 29 – 54.
- Dilulio, J. & Piehl, A.M. (1991) Does Prison Pay?, *Brookings Review*, Vol. 4, Fall, 28 – 35.
- Erlich, I. (1973) Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation". *Journal of Political Economy*. Vol. 81, pp. 521 – 565.
- Elster, J. (2008) 'Emotions' in Hedstrom, P. & Bearman, P. (eds), *The Handbook of Analytical Sociology* (Oxford University Press).
- Fitzpatrick, K. et al (1993) Criminal Victimization among the Homeless, *Justice Quarterly* 10:353 – 368.
- Garland, D. (2001) *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Gottfredson, D.M., M.R. Gottfredson & J. Garofalo (1977) Time served in prison and parole outcomes among parolee risk categories, *Journal of Criminal Justice* 5: 1 – 12.
- Grasmick, H. & Bursik Jr, R. (1990) Conscience, Significant Others, and Rational Choice: Extending the Deterrence Model, *Law & Society Review*. Vol. 24, pp: 837 – 861.
- Greenberg, D. (1975) The Incapacitation effect of Imprisonment: some estimates, *Law and Society Review* 9: 541 – 580.
- Greenwood, P., C.P. Rydell, A.F. Abrahmse, J.P. Cawkins, J. Chiesa, K.E. Model & S.P. Klein (1994) *Three Strikes and You are out: Estimated Benefits and Costs of California's New Mandatory Sentencing Law*. Santa Monica, CA: Rand.

- Hale, C. (1996) Fear of Crime: A Review of the Literature, *International Review of Victimology*, (4), 79 – 150.
- Heineke, J. (1988) Crime, Deterrence, and Choice: Testing the Rational Behavior Hypothesis, *American Sociological Review*. Vol. 53, pp. 303 – 305.
- Hoyle, C. (2010) The case for restorative justice, in Cunnen, C. & Hoyle, C. (2010), *Debating Restorative Justice*. Debating Law, UK.
- Jones, P. R. (1996) Risk Prediction in Criminal Justice in Harland T. A. (ed.) *Choosing Correccional Options that work. Defining the demand and evaluation the supply*, Sage Publications, Thousand Oaks, London, New Delhi.
- Katz, J. (1988) *Seductions of Crime: Moral and Sensual Attractions in Doing Evil*. New York: Basic Books.
- Killias, M. (1990) Vulnerability: towards a better understanding of a key variable in the genesis of fear of crime. *Violence and Victims*, 5, 97-108.
- Lab, S.P. (2011) *Crime Prevention. Approaches, practices and evaluation*, Anderson Publishing, 7th edition.
- La Vigne, N., Solomon, A., Beckman, K.A. & Dedel, K. (2006) *Prisoner Reentry and Community Policing: Strategies for enhancing public safety*, Urban Institute, Justice Police Center.
- Levitt, S. (1996) The Effect of Prison Population Size on Crime Rates: Evidence from Prison Overcrowding Litigation, *Quarterly Journal of Economics*, 1996, 111(2), pp. 319–51
- Lipsey, M.W. & Landenberger, N.A. (2006): “Cognitive – Behavioral Interventions”, chapter 4 in Welsh, B. & Farrington, D. (2006) “Preventing Crime: What works for children, offenders, victims and places”, Springer, The Netherlands.
- Maxwell, G. & Morris, A. (2001) ‘Family Group Conferences and Reoffending’, in Morris, A. and Maxwell, G. (eds.) *Restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles*. Oxford: Hart.
- Maxwell, G. & Morris, A. (2006) Youth Justice in New Zealand: Restorative Justice in Practice?, *Journal of Social Issues*, 62, 2, pp. 239-258.
- McGuire, J.M. & Priestley, P. (1995): “Reviewing What Works: Past, Present and Future”, chapter 1 in McGuire, J.M. (1995): “What Works: Reducing Reoffending. Guidelines from research and practice”, John Wiley & Sons Ltd., England.

- Miller, J. L. & Anderson, A.B. (1986) Updating the Deterrence Doctrine, *The Journal of Criminal Law and Criminology* (1973-), Vol. 77, No. 2. (Summer, 1986), pp.418 – 438.
- Ministerio del Interior (2011) Encuesta de Opinión Pública sobre Niveles de Victimización, Percepciones de Inseguridad y Grados de Confianza Institucional en el Uruguay en https://www.minterior.gub.uy/images/stories/encuesta_victimizacion.pdf
- Morgan, R. (2009) Children and Young People: Criminalization and Punishment in Barry, M. y McNeill, F. (eds.) *Youth Offending and Youth Justice*, London: Jessica Kingsley, Chapter 4.
- Morgan, R. y Newburn, T. (2007) Youth Justice, *The Oxford Handbook of Criminology*, Fourth Edition, Oxford, Oxford University Press, chapter 30.
- Muncie, J. (2008) The Punitive Turn in Juvenile Justice: Cultures of Control and Compliance in Western Europe and USA, *Youth Justice*, 8: 99 – 144.
- Nagin, D.S. (2007) “Moving Choice to Center Stage in Criminological Research and Theory: The American Society of Criminology 2006 Sutherland Address”. *Criminology*, Vol. 45, pp. 259 – 272.
- Palummo, J. (2011) Bajar la edad de imputabilidad? En portal 180.com.uy. http://www.180.com.uy/articulo/18355_Bajar-la-edad-de-imputabilidad
- Passell, P. y Taylor, J.B. (1977) The deterrent effect of capital punishment: another view, *American Economic Review* 65: 445 – 494.
- Paternoster, R. (1987) The Deterrent Effect of the Perceived Certainty and Severity of Punishment: A Review of the Evidence and Issues, *Justice Quarterly* 4 (2): 173 – 217.
- Paternoster, R. and A. Piquero. 1995. “Reconceptualizing Deterrence: An Empirical Test of Personal and Vicarious Experiences.” *Journal of Research in Crime and Delinquency* 32 (3): 251-86.
- Petersilia, J. (2003) *When Prisoners Come home. Parole and Prisoner Reentry*, Oxford University Press.
- Petrosino, A., Turpin – Petrosino, C. & Buehler, J. (2007) *Scared Straight and other Juvenile Awareness Programs* en Welsh, B.C. & Farrington, D.P. (eds.) *Preventing Crime. What Works for Children, Offenders, Victims and Places*, Springer, UK.

- Piliavin, I., Gartner, R., Thornton, C. & Matsueda, R. (1986) Crime, Deterrence, and Rational Choice. *American Sociological Review*, Vol. 51, pp. 101 – 119.
- Robinson, D. & Porporino, F.J. (2001) Programming in Cognitive Skills: The reasoning and rehabilitation program, en Hollin C. R. (ed.), John Wiley & Sons Limt, New York.
- Sampson, J. y Laub, J. (2003): “Shared Beginnings, Divergent Lives: Delinquent Boys To Age 70”, Harvard University Press.
- Sherman, L. & Strang, H. (2007) *The Restorative Justice: The evidence*, The Smith Institute – Esmee Fairbirn Foundation.
- Silva, D. y Rosich, M. (2008) Imputabilidad Penal Juvenil. Mitos y Verdades, <http://www.dniu.org.uy/Actualidad/Inimput/InimputMitos.pdf>.
- Trajtenberg, N. (2011) Reducción edad de imputabilidad: ¿Estratégicos, ignorantes e inmorales?, Blog *Razones y Personas. Repensando el Uruguay*. <http://razonesypersonas.blogspot.com/>
- Vamos Uruguay (2012) Iniciativa de Reforma Constitucional, en pagina oficial del sector Vamos Uruguay: http://www.vamosuruguay.com.uy/posts/2941_
- Visher, C. (1987) *The Rand Inmate Survey: A reanalysis*, in Blumstein, A. et al (eds.) *Criminal Careers and Career Criminals*, Washintong DC: National Academy Press.
- Visher, C. (2007) *Returning Home: Emerging Findings and Policy Lessons about Prisoner Reentry*, *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 20, No. 2, Prisoner Reentry (December), pp. 93-102
- Von Hirsch, A., Ashworth, A. and Shearing, C. (2003) *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A Making Amends Model?* in A. von Hirsch, J. Roberts, A. Bottoms, K. Roach and M. Schiff (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford: Hart, pp.21-41.
- Walgrave, L. (2008) *Restorative Justice: an alternative for responding crime?* *The International Handbook of Penology and Criminal Justice*, Londond: CRC Press, chapter 19.
- Walsh, C. (2011) *Youth Justice and Neuroscience. A dual use dilemma*, *British Journal of Criminology*, 51: 21 – 39.
- Williams, K. y Hawkins, R. (1986) Perceptual Research on General Deterrence: A Critical Review, *Law & Society Review*, Vol. 20, pp. 545 – 572.

- Williams, P. & Dickinson, J. (1993) Fear of Crime: Read All About It? The Relationship Between Newspaper Crime Reporting and Fear of Crime, *British Journal of Criminology* 33:33-56.
- Wilson, D.B. & MacKenzie, D.L. (2007) *Boot Camps en en Welsh*, B.C. & Farrington, D.P. (eds.) Preventing Crime. What Works for Children, Offenders, Victims and Places, Springer, UK.

Diseño y producción:
Gráfica Metropolitana

La presente obra de 1.500 ejemplares se terminó de imprimir
en diciembre de 2012