

INFORMES EN DERECHO

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL JUVENIL IV

Nº 13 • Noviembre, 2013

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

INFORMES EN DERECHO

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL JUVENIL IV

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública
Santiago de Chile • Noviembre de 2013

© 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° 236.188

Santiago - Chile

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

I.S.B.N. N° 978-956-8349-39-4 (Volumen 13)

Producción y Edición:

Defensoría Nacional

Defensoría Penal Pública

ÍNDICE

Presentación	7
I. La sociedad de la seguridad en camino hacia la destrucción del Derecho	9
<i>Peter-Alexis Albrecht</i>	
II. Igualdad formal, igualdad material y responsabilidad penal de los jóvenes	25
<i>Gustavo Chan</i>	
III. Los jóvenes en el Derecho penal	61
<i>Winfried Hassemer</i>	
IV. Menores entre culpabilidad y responsabilidad	95
<i>Christian Jäger</i>	
V. La discriminación existente hacia los jóvenes delincuentes a la luz de las demandas de endurecimiento del derecho penal juvenil	111
<i>Stefanie Kemme y Katharina Stoll</i>	
VI. Los efectos del encarcelamiento reexaminados	139
<i>Alison Lieblich y Shadd Maruna</i>	
VII. Reincidencia y responsabilidad penal de adolescentes	169
<i>Francisco Maldonado</i>	
VIII. Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art. 369 quáter del Código Penal	213
<i>Juan Pablo Mañalich</i>	

PRESENTACIÓN

Transcurridos más de seis años desde que entró en funcionamiento el nuevo régimen penal para los adolescentes, es posible advertir en nuestro país un desarrollo progresivo y ascendente del Derecho penal juvenil, tanto a nivel dogmático jurídico-penal, como en la propia jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia. Este avance jurídico es fundamental para garantizar que efectivamente los adolescentes sean sujetos de un tratamiento jurídico-penal diferenciado, con derechos, garantías y fines propios, y así responder consecuentemente a la exigencia de especialización que fundamenta la Ley de responsabilidad penal del adolescente.

Contribuir al desarrollo del “principio de especialidad” ha sido siempre uno de los objetivos de esta publicación que ya llega a su número IV. Por ello, en estos Estudios de Derecho Penal Juvenil se mantiene el esfuerzo editorial por dar a conocer en nuestro medio las reflexiones jurídico-penales y criminológicas desarrolladas por especialistas de todas las latitudes. Precisamente, en este nuevo libro se divulgan los planteamientos de destacados autores alemanes como Peter-Alexis Albrecht, Christian Jäger y Winfried Hassemer, así como un reciente análisis criminológico de Stefanie Kemme y Katharina Stoll sobre la situación de los jóvenes alemanes en comparación con el trato que reciben los adultos, a la luz del principio educativo y de los discursos en favor del endurecimiento punitivo. También se cuenta en este número con un trabajo del profesor costarricense Gustavo Chan quien, en torno a las exigencias impuestas por el principio de igualdad, fundamenta el necesario tratamiento diferenciado que han de recibir los adolescentes imputados de cometer un delito. Además, se incluye un interesante artículo de Alison Liebling y Shadd Maruna sobre los efectos que produce la privación de libertad sobre las personas, asunto de particular importancia en el caso de los adolescentes. Y, por último, también se incluyen dos trabajos de autores nacionales, uno del profesor Francisco Maldonado, que plantea la inaplicabilidad de la agravante de reincidencia en casos de adolescentes, y otro del profesor de la Universidad de Chile Juan Pablo Mañalich, quien argumenta sobre el carácter “asistemático” que presentaría hacer procedente la regla del art. 369 quáter del Código Penal cuando el imputado era adolescente al momento de ejecutarse los hechos en cuestión.

Esperamos que estos materiales puedan ser de interés y utilidad, tanto para quienes desempeñan roles activos en el sistema de justicia, como para el mundo universitario interesado en profundizar en estas temáticas.

I. La sociedad de la seguridad en camino hacia la destrucción del Derecho^{*}

Desarrollo, causas y el principio de la esperanza

Peter-Alexis Albrecht

Se espera de mí la realización de una conferencia sobre los problemas actuales del Derecho penal juvenil alemán y europeo. Esto lo haré con gusto, pero primero llamaré la atención de que el Derecho penal juvenil, tanto como el del adulto, está insertado en el contexto de fricciones jurídicas generales y que el transcurso del tiempo influye en la macro-estructura del Derecho penal y del ordenamiento jurídico en general.

A. La demanda del control del derecho penal en tiempos de cambio: desde el imperio hacia la destrucción del Derecho

I. El imperio metafísico del Derecho durante la “preilustración”

En la Europa del siglo XVIII, el Derecho penal se liberó lenta y dolorosamente de las garras de la “preilustración”. En tanto *imperio metafísico del Derecho* se unió a la batalla del bien contra el mal (Dios contra Satanás). La legitimidad residía en la jurisdicción penal del soberano absoluto. Los sometidos al Derecho tenían que soportar el poder punitivo manifestado en castigos corporales arbitrarios, en tanto sujetos de esa lucha contra el mal. A ello subyacía una estabilización del dominio secular y religioso mediante la aplicación inquisitorial del Derecho. Los jóvenes y adolescentes no tenían

* Traducción del texto *Die Sicherheitsgesellschaft auf dem Weg in die Rechtsvernichtung - Entwicklungen, Ursachen und das Prinzip Hoffnung*, realizada *ad honorem* por la Dra. Laura Mayer Lux. El texto corresponde a la conferencia realizada por el profesor Albrecht en la ciudad de Valparaíso, el 15 de noviembre de 2012, en el marco del Seminario “Problemas actuales del derecho penal juvenil” que organizó la Defensoría Penal Pública y la Universidad Católica de Valparaíso.

un trato especial en comparación con los adultos, se les consideraba por así decirlo como “adultos pequeños”. El Derecho penal trataba por igual a uno y otro grupo.

II. La teoría penal absoluta como emancipación del Derecho

El *Derecho penal clásico del siglo XVIII*, que se inició con la Ilustración, tuvo como origen el siguiente reconocimiento emancipatorio: *no ha de gobernar el ser humano (el soberano) sino sólo el Derecho razonable*. El Derecho penal tenía, desde esta perspectiva, sólo la función absoluta de reparar la vulneración del Derecho, restableciendo el orden jurídico, tanto desde un punto de vista individual, como en lo concerniente a la culpabilidad y a la ley. Idealmente existía en el Derecho penal clásico una reparación rigurosa del hecho. Esta reparación se agotaba en un modelo de Derecho represivo limitado, que se concretaba idealmente en el principio de una legalidad controlada por la razón.

El modelo del Derecho penal clásico fue *teórico*. Detrás de esa pretensión se ocultó, a menudo, en el transcurso de la historia, un aseguramiento del dominio autoritario, no obstante lo cual, la legalidad era considerada como una autonomía representativa y generalizada de los ciudadanos. El Derecho penal absoluto en su forma histórica fue, en la realidad, por lo general, un *Derecho penal estatal con ropajes autoritarios*. Tanto los adultos como los jóvenes tenían que experimentarlo por igual.

III. Las teorías penales relativas como expresión de una orientación social-estatal

En contraposición y distinguiéndose del Derecho penal clásico, en el siglo XIX se formó *la Escuela moderna del Derecho penal*. Franz von Liszt publicó su programa de Marburgo. El *pensamiento preventivo* estuvo detrás del desarrollo de las teorías penales relativas que, en adelante, tomaron en cuenta los beneficios sociales del castigo y no la razón del castigo. Este enfoque se vinculó con la capacidad de adaptación del sujeto mediante una *individualización rigurosa del delincuente*.

Este fue también el contexto donde surgió la criminología científica orientada hacia el delincuente. Ella se desarrolló con la ayuda de una *individualización y moralización* como modelo de Derecho preventivo. Junto con ella nació la idea de educación en materia de Derecho penal juvenil, que fue la precursora más clara del concepto de resocialización. Derecho penal juvenil y de adultos tomaron a partir de ahora caminos diferentes desde un punto de vista normativo.

El precio para que el castigo se orientara hacia una obtención de beneficios sociales fue más tarde una oportunidad atribuida al Estado social, que puso en tela de juicio, a este respecto, la pretensión de validez de una aplicación del Derecho general e igualitaria.

IV. El derecho penal simbólico: crisis sistémicas y orientación sistémica

Las esperanzas defraudadas respecto del *Estado de bienestar en crisis* dieron al desarrollo jurídico hacia fines del siglo XX una nueva dirección. Los riesgos impredecibles de las sociedades industriales se reflejaron en una *legislación simbólica*. Pues, dichos riesgos de la sociedad moderna (el medio ambiente, la economía, la salud, etc.) apenas pueden manejarse con los controles estatales tradicionales, es decir, con controles jurídicos racionales y orientados a fines. El Estado se refugia en una legislación simbólica.

El Derecho penal simbólico del riesgo ya no tiene en mente la individualización del delincuente propia del Derecho penal preventivo, sino que sólo una orientación sistémica. Con el modelo empíricamente no comprobable de la denominada prevención de la integración, es decir, con la orientación hacia una supuesta estabilización a través de normas de la conciencia de la generalidad, este modelo jurídico introdujo una fuerte *referencia hacia el sistema*.

El abandono de la generalidad y de la igualdad en la aplicación del Derecho dio inicio a una *informalización del Derecho*. Es el momento de la oportunidad selectiva. Quien aplica el Derecho puede aplicar ese Derecho, si así lo quiere, pero puede también dejar de hacerlo. Este *oportunismo jurídico* conduce a un *concepto de Derecho carente de contenido*, que redundaba en la arbitrariedad y la violación de la igualdad. Este proceso de desarrollo jurídico estuvo acompañado por un creciente desinterés en la criminología hacia el delincuente. Pues, la orientación hacia la protección del sistema conduce necesariamente a una desindividualización. La individualización sólo conduce en caso de sanción selectiva a un beneficio político. Ella sirve al rechazo de la responsabilidad estructural a favor de un sistema político fallido.

El Derecho penal juvenil vio debilitado su enfoque educativo. Dependiendo de la cultura jurídica de que se trate, puede persistir una pretensión educativa a nivel normativo. Sin embargo, con el aumento de la desinformalización (¡la hora de los ejecutivos!), terminará siendo una aplicación accidental o incluso arbitraria, llevada a cabo por fiscales y unos pocos jueces de menores. La opinión pública de los medios de comunicación masivos le niega su simpatía a esta *práctica aparentemente benigna*.

V. El Derecho penal de la seguridad post-preventivo: seguridad antes que libertad

Con el comienzo del siglo XXI, la *continuidad en la erosión del Derecho* se impone cada vez más en Europa. Un *Derecho penal de la seguridad post-preventivo* aspira claramente a una consolidación del dominio. Ello se apoya en orientaciones globales de la seguridad en tanto desafío frente a formas de fuerza desenfrenadas que, dependiendo del punto de vista, son catalogadas de terrorismo.

El concepto de seguridad tiene una prioridad evidente frente a la protección de la libertad. Con una *intervención de la seguridad independiente del sospechoso*, el Derecho penal de la seguridad post-preventivo llega incluso a utilizar la *militarización de la seguridad interna* (por ejemplo: uso del ejército para la persecución penal internacional, para la consecución de objetivos de seguridad internos). Para esta orientación de la seguridad global lo ideal es la demanda de *sacrificios especiales como deber general de la ciudadanía* en favor de la seguridad total, la cual ha dejado de ser tal. El Derecho penal de la seguridad post-preventivo no se interesa en lo más mínimo en corrientes criminológicas. Sólo se trata de la diversificación de simples medidas de seguridad, las que incluso son bien recibidas por la mayoría de la población. Esta aprobación amplia del público es lo cualitativamente nuevo en este cambio.

El Derecho penal juvenil en Europa y en otros lugares es una prueba clásica de la fijación en la seguridad carente de sentido que, en último término, no es tal ni puede llegar a serlo. En este desarrollo, advertimos claramente un modelo de *negación del Derecho* que culmina en uno de *destrucción del Derecho*.

En el breve esbozo de la continuidad de la formación del Derecho hasta la destrucción del mismo subyace un modelo de desarrollo, que se presenta en sus cuatro primeras etapas como históricamente concluido. Como lo ha mostrado el correr del tiempo, no existe una *separación temporal tajante* entre cada etapa. En esta exposición sólo se pondrán en evidencia – idealmente – las premisas y condiciones *del rechazo continuo* de un *modelo* de Derecho fecundo, esto es, de vigencia general y aplicación igualitaria. ¿Cómo se reflejan estos procesos en el Derecho penal juvenil europeo?

B. El caso de la criminalidad juvenil: Tendencias europeas con una clara y creciente orientación en la seguridad

Particularmente cuando se trata de criminales jóvenes llamativos, queda en evidencia la indicada orientación hacia la seguridad. La “tesis del espacio protegido” de los jóvenes (y, en parte, de los adolescentes) se encuentra en el fondo reconocida en Europa. La estructuración del modelo de la seguridad es, sin embargo, muy diversa. La tendencia a alejarse del modelo de bienestar y la devoción por el modelo de seguridad es, con todo, manifiesta. Una reciente tesis doctoral desarrollada en el marco de mi cátedra compara los sistemas de sanción de Inglaterra, de España y de los Países Bajos. A partir de allí provienen los siguientes datos (Florian Conradi, *Die Sicherungsverwahrung*, 2012, pp. 107 y ss.).

I. Inglaterra

El Derecho penal juvenil inglés de los últimos años se ha extendido sucesivamente en su ámbito de aplicación y ha agravado las penas a aplicar. La introducción de

penas de seguridad (Sicherungsstrafe), incluso para niños mayores de 10 años, es una característica de esta agravación. Como demuestra Conradi, los delincuentes pueden incluso ser encerrados a la edad de 10 años, potencialmente de por vida. En la mayoría de los países europeos, en cambio, este grupo de personas es tratado a través de mecanismos no penales.

La introducción de estas penas de seguridad (Sicherungsstrafe) es sencilla; todo depende de un *pronóstico de peligro*, el cual está vinculado, sobre todo entre los jóvenes, con un alto nivel de error. La tendencia hacia sanciones cada vez más duras ha llevado a un aumento significativo en el número de prisioneros: El 2002 fueron condenados 132 adolescentes (de 18 a 21 años) a prisión indefinida y el 2008 ya eran 749 (Conradi, p. 118).

El Power of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 significó un nuevo endurecimiento de la normativa. Con el propósito de proteger a la población se introdujo una “pena privativa de la libertad prolongada” para delincuentes entre 10 y 18 años, así como cadena perpetua para crímenes especialmente graves. La probabilidad de ser liberado de una pena de seguridad (Sicherungsstrafe) sería muy marginal. Además, las condiciones de prisión en la mayoría de los centros de detención serían inapropiadas para reaccionar contra los efectos de la privación de la libertad y de la hospitalización. La introducción de “penas de seguridad” (Sicherungsstrafen) debería ser considerada como la manifestación de un cambio en el sistema de justicia juvenil inglés (bienestar frente a seguridad). Esto habría llevado a la ruptura del principio de la proporcionalidad del hecho y establecido penas de presidio que estarían dirigidas exclusivamente a la seguridad de la población. Este desarrollo se debería a las crisis de los mercados, a la disminución de la confianza en los programas de rehabilitación y educación y a que los medios de comunicación exageran los actos individuales de carácter cruel (Conradi, p. 121).

II. España

En España sólo existe Derecho penal juvenil para jóvenes desde 14 hasta 18 años. Los jóvenes de 18 a 21 años de edad son condenados según la ley penal para adultos. También en España se advierte una tendencia hacia las penas de presidio más largas y más duras para los jóvenes. Sin embargo, esta tendencia es mucho más moderada que en Inglaterra o Alemania. Una privación de libertad de larga duración, limitada a la tutela de la sociedad, no existe. Con todo, las reformas también han cambiado el enfoque desde un modelo de bienestar hacia un modelo de la seguridad represiva. Esto puede advertirse especialmente en el aumento en el número de prisioneros. La creciente orientación hacia la seguridad – tal como se da en Alemania y en otros países europeos – se atribuye a que el temor de la población ha sido instrumentalizado por la política. Ya han aparecido planteamientos en orden a trasladar a

los jóvenes delincuentes después del encarcelamiento a una detención preventiva sin límite, según el modelo alemán. Dado el complejo clima político existente, los juristas españoles calculan un endurecimiento de la ley para los jóvenes delincuentes y un aumento de la población penitenciaria en las cárceles juveniles (Conradi, p. 129).

III. Países Bajos

En los Países Bajos, el Derecho penal sustantivo de los adultos también se aplica a los jóvenes. Sin embargo, las sanciones son diferentes. La mayoría de edad penal comienza a los 12 años. Para los jóvenes entre 18 y 21 años, puede aplicarse, al igual que en Alemania, el sistema de justicia de menores (la llamada "infracción juvenil"). La duración de la pena juvenil depende de la culpabilidad y se limita a 12 meses de privación de libertad para jóvenes menores de 16 años y a 24 meses para jóvenes mayores de 16 años. Además, junto con dichas penas, también existe para los jóvenes la medida de "reclusión en un establecimiento juvenil cerrado" con tratamientos intensivos de integración.

Tradicionalmente, los Países Bajos son un modelo europeo de justicia penal juvenil liberal e individualizada. Sin embargo, los aumentos de las penas (si bien con una baja privación de la libertad) también muestran una tendencia creciente hacia la represión. Incluso la reclusión en un establecimiento juvenil cerrado está fuertemente limitada en el tiempo. Desde la perspectiva del legislador, la restricción de los derechos fundamentales, sobre todo de los jóvenes, debe limitarse al mínimo, con el fin de evitar los efectos nocivos de la privación de libertad. Las cifras a este respecto son bajas e incluso están disminuyendo, pese a que se registra un aumento de sanciones penales drásticas (entre 1997 y 2004 las condenas penales a menores pasaron de 2988 a 5902) (Conradi, p. 131 con nota a pie de página 971).

En síntesis, los Países Bajos no persiguen una privación de libertad unilateral y propia del modelo de la seguridad en el sistema de justicia juvenil. Las sanciones penales deben ir acompañadas de la oferta de un tratamiento adecuado. La reinserción social en términos de bienestar es de suma importancia. Por lo tanto, los Países Bajos siguen siendo un ejemplo de la ejecución de un tratamiento reformista en Europa. Pero como dice el dicho: La excepción confirma la regla (= orientación de la seguridad represiva)!

Existe una evidencia criminológica: claramente una reclusión propia del modelo de la aparente seguridad produce en la mayoría de las instituciones de ejecución penal europeas embrutecimiento, desesperación y, particularmente, una significativa reincidencia. Por desgracia, los políticos jamás asumen la cuota de responsabilidad que tienen a este respecto.

C. Fundamentos y causas para la orientación exclusiva hacia la seguridad

El enfoque exclusivo hacia la seguridad interna del Estado y de la sociedad, tiene fundamentos y causas que sólo desde el punto de vista del Derecho penal no pueden comprenderse. Para hacerlo, tenemos que acudir a las Ciencias Sociales, a la Historia, a las Ciencias Políticas y a la Filosofía.

En primer lugar, la orientación hacia la seguridad contradice - si uno asume que ella tiene implicaciones teóricas - todos los resultados previos de la Criminología Sociológica. Echemos un vistazo a las principales conclusiones de dicha Criminología científico-social (juvenil).

I. Conclusiones criminológicas científico-sociales (juveniles) demostradas

- *La importancia de la movilidad social ascendente para la reintegración*

SABEMOS que con una *mejora sostenida de la situación social* después de la pena privativa de la libertad, el problema de la reincidencia sería en gran parte susceptible de ser solucionado, pero la sociedad niega el empleo estable y “habitaciones de recepción” socialmente dignas después de la salida de prisión.

- *La importancia de la zona de protección familiar de acogida*

SABEMOS que sin una zona de protección y acogida familiar solidaria, sobre todo los presos jóvenes, no logran hacer frente a la vida en la cárcel y menos a la vida exterior. Pero, ¿qué se está haciendo en la cárcel por la estructura familiar? Dos horas de visitas al mes en lejanas cárceles y en condiciones indignas.

- *La asistencia social es esencial para todo condenado*

SABEMOS que los condenados de asesinato en la mayoría de los casos no son asesinos fríos, no son “sub-humanos”, sino que los decadentes y marginados de una sociedad, en la que no podían hacerse valer. ¿Qué conclusiones saca el legislador? Reclusión preventiva como tranquilizante para un público sobresaltado por los medios, en lugar de asistencia para una reintegración constructiva y de una liberación temprana controlada en el marco de la ejecución punitiva. Si lo anterior no se realiza, se reduce el estatus social y aumentan las consecuencias estresantes de la prisión, minimizando las posibilidades de reinserción.

- *El marketing político del escenario amenazante: la delincuencia juvenil*

SABEMOS que las imágenes simples del mundo real que una persona con buena voluntad puede derivar de las estadísticas oficiales, no son capaces o casi no son capaces de oponerse a las tendencias político criminales a penalizar. Desde hace tiempo está claro que las condenas de jóvenes anualmente no superan el 2% de la

población juvenil total. Con esta evidencia no deberían crearse escenarios de amenaza criminal y social-demográfica. Pero son demasiado poderosos los numerosos intereses políticos, de los medios de comunicación y, por lo tanto, económicos, que mantienen ocupado el campo de la delincuencia juvenil desde mucho tiempo y posiblemente para siempre. Para ello no existe todavía una cura.

- *Es la estructura social la que degrada y criminaliza, no la nacionalidad*

SABEMOS que la tasa de delincuencia entre los jóvenes inmigrantes es más alta que la de los alemanes. Pero sociológicamente es evidente que - considerando las variables de clase - es la *degradación social* la que criminaliza y *no la nacionalidad*. Hago un llamado a la política a sacar las conclusiones sociopolíticas pertinentes. Pero ésta prefiere hacer referencia a los “antecedentes de migración”, respecto de los cuales no puede cambiar nada.

- *Ignorancia social sobre los resultados de las Ciencias Sociales*

SABEMOS que la movilidad social ascendente es la primera garantía estatal, legal y social, que protege a la sociedad contra la reincidencia ¿Saca la sociedad alguna conclusión a este respecto?

La sociedad está demasiado ocupada consigo misma como para proporcionar una mejora estructural necesaria para los socialmente marginados de la totalidad de las instituciones. La sociedad más bien recluta y solidifica con estas personas el ejército de disidentes permanentes y criminalizados. Desde la perspectiva criminológica y sociológica, sabíamos suficiente desde el final de la década de 1970 acerca de las condiciones y contextos de la delincuencia y la penalización, como para ofrecer alternativas completas y relevantes a este respecto.

Como sociedad no sacamos conclusiones apropiadas, sino que nos consolamos con la idea de que la maldad humana no conoce límites. Homo homini lupus – ya fue el grito de batalla de la Pre-Ilustración. Pero malo no es el hombre, malos son los intereses económicos e ideológicos de una política penal y social fallida. Dichos intereses tranquilizan a la sociedad con una ideología preventivo-individual y distraen la atención de las estructuras políticas fallidas, así como de la macro-criminalidad ligada con una globalización que se caracteriza por una codicia económica irrestricta.

- *La elevación del miedo a la delincuencia en la reducción del Estado de bienestar*

EL ESTADO DE BIENESTAR y su sociedad habían mostrado más moderación en la percepción de los fenómenos sociales que el Estado de Prevención y de la *sociedad de seguridad* actual. El modelo de integración requiere instrucción *real* y desdramatización. Se requiere un mayor sentido de la realidad. No se necesitan escenarios de amenazas para el aprovechamiento político de los miedos de una sociedad desorientada. Cuanto más amenazantes se presentan fenómenos sociales

como "crimen organizado", "criminalidad de extranjeros" y "terrorismo" - que transmiten los medios de comunicación -, más efectivamente puede la política perseguir semánticamente el objetivo imposible de seguridad completa en tiempos de incertidumbre total. De esta manera, la política puede utilizar la incertidumbre para fines electorales. En la opinión publicada no cuentan los hechos, dadas estas realidades discursivas fabricadas. Sólo importa la *ganancia política del miedo a la delincuencia*, que está en la percepción puramente subjetiva de una amenaza.

II. El fin del Estado de bienestar a principios de la década de los 80

Condiciones de la descomposición

El ESTADO DE BIENESTAR en su variante keynesiana se basa en los principios de pleno empleo, del derecho a la participación social, del consumo de masas y en el ideal de la cooperación social. Demostró ser una etapa bastante corta en el período de su claro desarrollo expansivo e intervencionista con la pretensión de un control social general. Sus deficiencias se expresaban principalmente en el hecho de que el impacto real de la crisis del desarrollo-económico (desempleo, necesidad de asistencia social y de vivienda) ya no podía amortiguarse ni compensarse sociopolíticamente.

- *Los procesos de transformación general*

El ESTADO DE BIENESTAR experimentó hacia el final procesos generales de transformación, que llevaron a una alta flexibilidad y desregulación de la producción y el empleo. La automatización liberó masivamente puestos de trabajo. La estabilidad laboral disminuyó y el empleo inseguro y desprotegido aumentó en una medida considerable. Una privatización inminente de las funciones del gobierno dio inicio a una reestructuración fundamental del Estado de Bienestar. Las características de este proceso fueron una fuerte diferenciación de la estructura social, el aumento de la desintegración social y una pronunciada inseguridad social.

- *El camino hacia el Estado Administrativo*

El ESTADO DE BIENESTAR, con el ideal de pleno empleo, se transformó en un *Estado Administrativo* de desempleo estructural y generalizado. Adicionalmente, este desarrollo fue guiado por políticas económicas neoliberales y por un conservadurismo moral-religioso. Los gobiernos conservadores y neoliberales marcaron esta fase de reconstrucción del Estado de Bienestar. Éste se transformó - guiado por procesos de transformación global - en un *Estado de prevención*.

En resumen: El enfoque está en obtener la seguridad a través de procesos de transformación socio-económicos, es decir, a través del predominio de la lógica económica y de la retirada del Estado de sus ámbitos originales de configuración y

responsabilidad. Modernamente, la Política habla de desregulación y privatización. La aparición de la precariedad demuestra la retirada del Estado de Bienestar. En la globalización, la ley del más fuerte se impone a nivel internacional; el imperio del Derecho, si es que alguna vez existió, se erosiona cada vez más. El mito del miedo determina la formulación de políticas con una fijación en la seguridad, que finalmente producen una mayor incertidumbre. Es la hora del poder ejecutivo, sin un control efectivo por parte de otros poderes del Estado.

D. ¿Qué nos queda? Un Derecho penal de la razón y de la dignidad humana, según los principios del Estado de Derecho

¿Qué se puede concluir, de la anterior revisión científica, respecto de la existencia y el futuro del Derecho? ¿Depresión total? Para el jurista sólo queda el acceso a la *ilustración a través de la razón* y la insistencia en la *validez universal de los Derechos Humanos* que guía la acción. Que esto posiblemente sea sólo una esperanza, no lo voy a ocultar.

I. Dignidad Humana y Derechos Humanos

¿Cuáles son sus efectos fundamentales?

- *Los Derechos Humanos son válidos en sí mismos*

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS en materia de Derecho penal y de ejecución penal no está a disposición del legislador. Respecto de la garantía, no se trata de los aspectos instrumentales de la prevención especial positiva. Los Derechos Humanos no se garantizan para proteger a la sociedad de la reincidencia criminal. Los Derechos Humanos fundamentales han de ser garantizados por el Estado ya que son válidos por sí mismos. Los Derechos Humanos derivan de la dignidad humana pre-estatal. Respetarlos supone una obligación estatal, de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución alemana.

- *Los Derechos Humanos son anteriores al Derecho*

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS se basa en la comprensión antropológica de que todas las personas - libres o privadas de la libertad - tienen los mismos derechos por el solo hecho de ser personas. Se trata de las libertades fundamentales y los derechos innatos, inviolables e inalienables que corresponden a todo individuo, por el hecho de ser persona. El primer principio que puede derivarse de los Derechos Humanos es la dignidad humana. Ella fue conquistada con anterioridad a la existencia del Derecho, por lo que se impone al legislador y es inmodificable por éste.

- *La dignidad humana en concreto*

Resulta útil identificar grupos específicos de casos: *la protección de la integridad física, el aseguramiento de las condiciones de una vida digna, la garantía de igualdad ante la ley y la protección de la identidad personal.*

Y aquí también tiene un lugar el problema jurídico particular de la justicia juvenil:

- Primacía de la tramitación de procedimientos jurídico estatales (ajustes) sin equivalencia de la sanción en caso de criminalidad de bagatela y delincuencia de conflicto - como predecesor de la exigencia de una descriminalización a nivel normativo.
- Retiro del criterio de “primacía de la idea de educación”, sin perjuicio de limitar la pena a la culpabilidad del agente.
- Mantenimiento de la primacía de los derechos de educación de los padres por sobre las “medidas educativas” del Estado: El Estado no puede educar, sólo puede reaccionar poniendo límites.
- Prohibición de discriminación en relación con los adultos en procedimientos equivalentes (no imposición de un arresto a los jóvenes que no existe en el derecho penal de los adultos).
- Consideración del principio del juicio justo, especialmente entre los jóvenes, como ejemplo de una práctica estatal justa.
- Y escepticismo fundamentado respecto de la aplicación de medidas de ejecución en régimen permanente. Para ello existen, especialmente para los adolescentes, alternativas extramuros mejores.

Todos estos métodos se utilizan para proteger el desarrollo de los jóvenes de menos de 21 años, evitando que el actuar estatal les cause daños. Este es el modelo de protección jurídico y social-estatal para la fase juvenil. También es capaz de satisfacer significativamente los intereses de seguridad de la población.

- *El Tribunal Federal Constitucional como guardián*

En Alemania, la *GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS* es de competencia de la Corte Constitucional. Es su labor poner barreras infranqueables a las intervenciones usurpadoras de los Poderes Ejecutivo y Legislativo: Se trata de reglas absolutas estatales y sociopolíticas. Con todo, aquellos ámbitos fundamentales, intocables e inviolables, como los estilos de vida autónomos, están siempre, tras una exposición aleatoria de los medios, en el foco de la opinión pública. Actualmente no se puede evaluar cómo se desarrollará la línea jurisprudencial que protege las áreas claves de la autonomía del individuo. Por sobre todo rige: mientras más haga uso la Corte de un planteamiento positivista, más abierta está la dignidad humana a relativizaciones.

- *Los Derechos Humanos como límite a la interpretación del comportamiento en la cárcel*

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS ordena que no se interprete la situación de coerción de los detenidos en su contra, aun cuando puedan existir fundamentos legales para ello. El mundo artificial de la prisión, desde el punto de vista de la conducta de los presos, no tiene el valor de un pronóstico real. El comportamiento en la cárcel es generalmente una respuesta personal y socio-dependiente de la situación artificial y corruptora del encarcelamiento.

- *El Estado tiene la obligación de hacer valer los Derechos Humanos*

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS impone la libertad provisional como expresión de los derechos de comunicación social de los internos y sirve a la preservación de los mismos. Ellos sirven particularmente a la familia y a las personas de referencia. Estos derechos de comunicación, de ayuda al desarrollo social y de compensación de las consecuencias de la detención, no pueden ser utilizados como gratificaciones respecto de comportamientos estándar exigidos por el Estado en la cárcel. Se trata de obligaciones del “Estado de Garantía”, que se arroga el derecho a privar de libertad a través del Derecho penal y a ejercer la coerción legal. A ello se agrega, que no deben perseguirse objetivos ulteriores. La dignidad humana prohíbe adecuaciones forzadas más allá de la autonomía de la persona y prohíbe, asimismo, vulneraciones a consecuencia de la coerción estatal. Los Derechos Humanos suponen una garantía para el preso, pero, sobre todo, una función de protección contra la intervención estatal contra su psiquis y su autonomía.

II. El imperio del Derecho: Una esperanza

Transformaciones globales y unilaterales provocan procesos de desintegración económica, social y cultural: los Estados desregulan, el neoliberalismo desenfrenado y el fundamentalismo moral y religioso se extienden. Las consecuencias de ello son las inseguridades globales, que conducen a la erosión jurídica – también – global y a la destrucción del Derecho.

El Derecho ya no define la pretensión de defensa del ciudadano frente al Estado, sino que la exigencia de protección del Estado frente a peligros omnipresentes. La seguridad es ahora el objetivo deseado, se transforma en un bien colectivo de la sociedad de seguridad. La libertad tiene que encajar en los marcos que le deja la seguridad. Estos marcos se vuelven cada vez más estrechos. El Derecho penal y la justicia penal juvenil se reducen a simples medios de seguridad de la política interna. La ley del más fuerte destruye el imperio del Derecho.

Así podría – desde la perspectiva de las Ciencias Sociales – terminar el presente análisis. Triste, pero cierto. ¿No demuestra dicho análisis claramente un repliegue social

hacia el “Estado de Naturaleza”? ¿No se abandona el “Estado del Derecho” de forma irrevocable, cuando la tortura y la violencia ilegítima se erigen en medios de imposición estatal, cuando los infractores de la ley son asesinados sumariamente por las más altas autoridades del Estado, con el aliento y el aplauso público de los gobiernos amigos, cuando el terrorismo de Estado se legaliza mundialmente de esta manera?

Sin embargo: debe plantearse una esperanza. Una esperanza jurídica. Admito, es sólo un intento! ¿Cómo podría yo sino en mi calidad de profesor de Derecho enfrentarme a los estudiantes? Es la esperanza de que la *voluntad por la libertad* movilice las fuerzas que reactiven, fortalezcan y afirmen la libertad en la sociedad, utilizando sólidos principios jurídicos. Eso suena a la vieja Europa. Así debe serlo, no obstante, constituye, al mismo tiempo, una mirada moderna y hacia adelante.

La *idea de la libertad* es el punto de partida del Derecho y, especialmente, el punto de partida del Derecho penal, el cual debe crearse para la protección de la libertad de todos a través de la coerción de comportamientos injustos. Ese fue el mensaje de la Ilustración europea, el cual condujo hacia el desarrollo del Estado de Derecho. Pero ¿supone este enfoque un retroceso, que no está acorde con los tiempos y es poco ilustrado?

No lo creo. Por el contrario, la libertad *también* debe ser protegida y conservada por la vía jurídica. Uno sólo debe retomar los instrumentos y utilizarlos de forma pública y manifiesta contra los comportamientos injustos. En un primer momento, ello ocurre en el contexto nacional. Con todo, se trata de un punto de partida posible para las transferencias transnacionales o como ejemplo para otros países.

Como medio de protección de la libertad actúan los principios jurídicos. Ellos son la “carta de triunfo” (Dworkin) del razonamiento jurídico. No son una custodia, anclada en el pasado, sino reglas absolutas que establecen barreras insuperables para la política – si es que se ha aprendido a activarlas jurídicamente. Ellos forman, al mismo tiempo, el límite para la legitimidad del Derecho positivo; un Derecho de mayorías, que se basa únicamente en el aspecto de la “mayoría”, resulta ser cada vez más errado.

Los principios jurídicos constituyen reglas universales, que han de seguirse incluso por el bien de la justicia y la equidad. Sólo a partir de tales principios nacen, según Dworkin, *derechos subjetivos*. Los principios jurídicos formulan, de esta manera, un programa teórico moderno y sofisticado, en el que la ética, la teoría jurídica y la filosofía social se conectan.

Sin embargo, los principios jurídicos no se derivan sólo teóricamente, ellos son fundamentalmente un resultado de procesos y experiencias históricas. Sobre todo los europeos, en su historia sangrienta de revolución en muchos países, los han conquistado a un alto costo y, más recientemente, con la liberación de las estructuras

de poder coercitivo socialistas. Estos principios han posibilitado la ejecución de líneas de acción que, esperemos, en Europa no vuelvan a escaparse de las manos tan fácilmente.

La ciencia jurídica puede colaborar, explicitando y transmitiendo la protección de la libertad a través de los principios jurídicos, si bien ello, lamentablemente, ya no parece posible en la formación jurídica, particularmente en tiempos de universidades con enfoque económico. El legislador y el juez están limitados por el corsé de la libertad de todos; sin principio de legalidad – el principio fundamental del Estado de Derecho (Art. 103, inciso 2 Constitución alemana) – no es posible un derecho penal legítimo. Esto concierne a todos los ciudadanos y a todas las ciudadanas, sean o no sospechosos.

- Sólo el fundamento jurídico estatal *constitucional de la legalidad penal* (tanto formal como sustantiva) legitima la naturaleza coercitiva de la ley penal. Nulla poena sine lege!
- Sólo en el *principio de culpabilidad*, es decir, en la medida de reprochabilidad individual, puede limitarse el poder punitivo del Estado, de lo contrario, la demanda preventiva y la seguridad consumirán cualquier seguridad jurídica.
- Sólo el consiguiente *principio de proporcionalidad* ofrece barreras jurídicas a la imposición de la coerción estatal.
- Sólo el *principio de legalidad* posibilita la restricción de la arbitrariedad gubernamental.
- Sólo el *principio de oficialidad (Offizialprinzip)* ofrece la garantía de un derecho penal público;
- por último, el *principio de un juicio justo* ofrece, en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el fundamento de un procedimiento penal liberal.

Estos principios no son sólo el legado de la Ilustración europea y el producto de la lucha por los Derechos Humanos; son criterios modernos para los estándares de justicia y equidad, y están también dirigidos hacia el futuro, en ningún caso hacia el pasado.

Sin embargo: El establecimiento de la justicia no es una labor propiamente jurídica. Establecer la *dimensión social de la justicia* para todos los ciudadanos es tarea de una política social orientada hacia el principio del Estado social – en primer término, respecto de la primacía de la responsabilidad estatal. La concreción política, jurídica y económica de los principios constitucionales del Estado social es esencial para que el número de excluidos de esta sociedad saturada no crezca constantemente. Pues, con ello, aumenta el potencial de desesperanza social.

Participación, democracia material e igualdad social han de ponerse de relieve y promoverse. Sólo en una sociedad así de desarrollada puede desarrollarse, a su turno, la libertad individual. La protección de *este* modelo fortalecido de sociedad del Estado social también debe ser garantizada por los principios jurídicos (además de otros no-penales). Estos principios son fundamentales y no necesitan ser confirmados. Tampoco se requiere un cambio de las reglas de conducta. Unos y otras se conquistaron luchando, han sido probados históricamente y se han derivado antropológicamente. Son, por lo tanto, sólidos.

Sin embargo, en el campo de la política deben introducirse cambios fundamentales. Una ilustración renovada, probablemente sólo en el curso de los desastres sociales, podría ofrecer esperanzas a este respecto. Pero ¿a qué precio? Esto no tiene nada que ver con partidos políticos, que son sólo juguetes en las garras de la codicia económica globalizada. La libertad - 10 años después del 11 de septiembre de 2001 - no sólo se olvidó. Ahora se encuentra en peligro real de destrucción permanente: en todo el mundo.

II. Igualdad formal, igualdad material y responsabilidad penal de los jóvenes¹

Fundamento jurídico constitucional para el tratamiento diferenciado de la culpabilidad penal juvenil

Gustavo Chan*

“El sueño de la razón produce monstruos.”

Francisco de Goya

“Así, se considera, por ejemplo, como lo justo la igualdad, y lo es también, pero como igualdad para los iguales, no para todos. Y también se considera como lo justo un tratamiento desigual, y sí que lo es también, pero no para todos, sino para los desiguales.”

Aristóteles²

“La pretensión de justicia humana solamente se puede cumplir si se vincula adecuadamente con la consideración de lo particular, de lo heterogéneo, de lo no idéntico.”

Axel Honneth

* Doctor en Derecho Penal y Sociología Jurídica, Universidad Johann Wolfgang Goethe de Francfort del Meno. Letrado de la Sala Tercera de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, y Juez de Apelación de Sentencia; profesor de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Nacional, docente de la Escuela Judicial del mismo país y consultor internacional. Agradecemos al profesor Chan la autorización para publicar este artículo.

¹ En adelante cuando se utilice el término “concepto de culpabilidad”, y no se haga ninguna observación ulterior, debe entenderse que se hace referencia al concepto de culpabilidad para la fundamentación de la pena (*Strafbegründungsschuldbegriff*), es decir, a aquella categoría analítica del concepto técnico jurídico de delito y a dos de sus componentes, la capacidad de culpabilidad, y el conocimiento de injusto/ error de prohibición. En este trabajo no hago una referencia respecto del concepto de culpabilidad para la medición de la pena (*Strafzumessungsschuldbegriff*).

² Aristóteles, Politik III 9 (1280 a), München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2003. Traducción libre del alemán realizada por el autor

Introducción y planteamiento del problema

En el grabado número 43 de la serie “Los Caprichos”, publicada en 1799, el genial pintor español Francisco de Goya y Lucientes retrata a un hombre que se ha dormido sobre el que es, aparentemente, un escritorio para el trabajo intelectual. Tan pronto como se ausenta su capacidad de razonar, el sujeto es rodeado por toda clase de criaturas siniestras. Al pie del escritorio, sugestivamente, Goya escribe: “*El Sueño de la Razón Produce Monstruos*”. Tal parece ser que un rasgo característico de la Post-modernidad es, precisamente, el “sueño de la razón”, al que se han rendido muchos sujetos (individuales, colectivos, las instituciones mismas). Numerosas esferas de la Institucionalidad Costarricense, ha de indicarse, no logran escapar de esa tendencia.

Así observamos, con enorme preocupación, por ejemplo, como en Costa Rica el actual momento jurídico-político se caracteriza por ser un período de sobresaltos, sobre todo en el ámbito jurídico-penal. Sí, de sobresaltos provocados por las numerosas y al parecer incontenibles ocurrencias del *neo-punitivismo-criollo-populista-costarricense*. Tal enfoque, de derecho penal máximo, no se cansa de recurrir a los fundamentos más primitivos³ para alimentar sus “criaturas” [“creaciones”] legislativas.

Este tipo de fundamentación primitiva se encuentra, por ejemplo, en el proyecto número 17615 de 16 de febrero de 2010, publicado en la Gaceta #149 del martes 3 de agosto de 2010, para la reforma del Código Penal. En dicho proyecto se lee: “*Artículo 17. Este Código se aplicará a las personas mayores de quince años cumplidos*”. Dicho de otra manera, la reforma en mención pretende que los jóvenes sean juzgados y responsabilizados penalmente como adultos. En contra de este tipo de ideas debe sostenerse, clara e inequívocamente, que la responsabilidad penal de los jóvenes debe tener un tratamiento legal distinto al de la responsabilidad penal de los adultos. En este aporte presento un fundamento axiológico, jurídico-constitucional, para sustentar esta última posición, radicalmente contrapuesta a la otra que se ha descrito.

Como he expuesto en otro lugar⁴, en los discursos jurídicos es posible distinguir entre una forma y una sustancia de enunciación, y una forma y una sustancia de contenido. Dicho brevemente: los discursos y construcciones teóricas, como el discurso de la teoría del delito, siempre han sido formulados para ser aplicados respecto de determinados “objetos”, en este caso, pensando en determinados sujetos o modelos ideales de sujeto. Siendo así puede suceder que, en determinadas circunstan-

³ Véase al respecto, nota al pie #8.

⁴ Puede verse mi trabajo, “El Vínculo Poder-Saber en el Pensamiento de Michel Foucault. Fundamento para un Concepto (no adultocéntrico) de la Culpabilidad Penal Juvenil”, en: Política Criminal en el Estado de Derecho. Libro Homenaje a Enrique Castillo Barrantes, San José, Editorial Jurídica Continental, 2010, pp. 505 a 525.

cias, la “sustancia de enunciación”, esto es, los sujetos reales sobre los cuales se debe aplicar un determinado discurso o construcción teórica, no se correspondan con dicho discurso. Un claro ejemplo al respecto se encuentra cuando, para la fijación y valoración de las conductas ilícitas de los jóvenes, se adopta un concepto penal de culpabilidad originalmente formulado para los adultos.

Si se parte de estas ideas, entonces, uno debería preguntarse, no solo si existen prácticas discriminatorias del Poder, sino también si existen discursos discriminatorios vinculados a las prácticas Poder. Desde esta perspectiva pueden plantearse dos cuestiones esenciales:

- (1.) ¿Es posible afirmar que conceptos dogmático-penales formulados de aquella manera vulneran el principio jurídico-constitucional de igualdad?
- (2.) ¿Es posible, mediante el principio jurídico-constitucional de igualdad, justificar un concepto específico de culpabilidad penal juvenil, diferenciado del que existe en el derecho penal de adultos?

La respuesta acerca de cómo tratar la responsabilidad penal de los jóvenes, y también acerca de si tratar dicha responsabilidad mediante un concepto de culpabilidad idéntico o diferente al del derecho penal de adultos, necesariamente debe pasar por el *tema de la igualdad [y por el tema de la diferencia]*. En ese sentido uno debe plantearse las siguientes interrogantes:

- (1.) ¿Es apropiado tratar la responsabilidad penal de todas las personas, esto es, de adultos y jóvenes, de la misma manera o se deben establecer algunas distinciones en cuanto a ese tratamiento?

Y, si hubiera que establecer distinciones,

- (2.) ¿Cuáles criterios habría que considerar para decidir y, en su caso, para poder justificar, un trato diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes?

Como bien se sabe, en el actual estadio del desarrollo jurídico-penal, para poder afirmar la responsabilidad penal de una persona por la comisión de un ilícito, se debe, por un lado cumplir con el principio de culpabilidad, según el cual nadie puede ser declarado penalmente responsable, ni se le puede imponer una sanción, por la comisión de un ilícito, si no ha actuado culpablemente⁵ y, por otro lado, se debe

⁵ Así, Roxin, C. *Strafrecht AT*. Band I, München, C.H. Beck Verlag, §19, Rn.1; Schönke-Schröder. *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, C.H. Beck Verlag, 27. Auflage, Vorbem. §§13, Rn 103/104; Läckner-Kühl. *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, C.H. Beck Verlag, 26. Auflage, Vor §13, Rn 22; Jescheck-Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Duncker & Humblot, 5. Auflage, S. 23 ff; Jescheck, H.H. *Wandlungen des Strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich*, In: *Juristische Blätter*, 1998, 609 ff.; Wessels-Beulke. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. C.F. Müller Verlag, 38 Aufl, S.138, Rn.396. El principio de culpabilidad, entendido de esa manera, es considerado un pilar esencial del Estado de Derecho. Así ha sido reconocido,

determinar si una persona ha actuado culpablemente al cometer un ilícito, para lo cual se deben utilizar las categorías de análisis, o sea, los requisitos, que integran el concepto de culpabilidad penal .

De modo que, desde mi perspectiva, en el actual contexto jurídico penal, no es posible desvincular las preguntas arriba formuladas, acerca del tratamiento igualitario o diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes, de otras dos cuestiones acerca del *concepto de culpabilidad penal* que indican lo siguiente:

- (1.) ¿Es apropiado utilizar el mismo concepto de culpabilidad para todas las personas, esto es, adultos y jóvenes, o se deben establecer algunas distinciones para ese concepto cuando se aplica a los jóvenes?
- (2.) Si hubiese que fijar estas distinciones ¿Cuáles criterios habrían de considerarse para que el concepto de culpabilidad permita un tratamiento diferenciado de los jóvenes?

La respuesta para todas las interrogantes formuladas dependerá, -como se verá a continuación-, de qué se entienda por igualdad (formal o material), de la característica de diferenciación relevante que se emplee para decidir, y, -en lo que más importa-, del criterio valorativo fundamental que se utilice para elegir dicha característica de diferenciación.

1. ¿Qué significa igualdad? Distinción entre igualdad formal e igualdad material⁶

Frente al problema planteado, conviene distinguir entre igualdad formal o abstracta e igualdad concreta o material. Para hacerlo me valdré de una brevísima reconstrucción socio-histórica. Frente a la cuestión de si la responsabilidad penal de los jóvenes ha de tratarse de igual o de diferente manera a la de los adultos se han esbozado distintas respuestas a través de la historia⁷. De seguido expondré algunas de esas respuestas.

ampliamente, tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, como por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Véase, por ejemplo en Alemania: BVerfGE 6, 389; BVerfGE 20, 323; BVerfGE 25,269; BVerfGE 38; BVerfGE 45, 187-272; BVerfGE 90, 145; BVerfGE 95, 96-143. En Costa Rica: Sala Constitucional, voto 7034-96.

⁶ Sigo acá, en esencia, la misma línea de argumentación utilizada por Chaim Perelman para distinguir entre justicia formal y justicia concreta. Para todo, véase Perelman, Ch. Eine Studie Über die Gerechtigkeit, in: Über die Gerechtigkeit, München, C.H. Beck Verlag, 1967. SS. 9-84. Existe versión en español del mismo autor, De la Justicia, México D.F. UNAM, 1964.

⁷ No afirmo que las respuestas que acá se exponen no puedan coexistir en un mismo momento histórico. Tampoco sostengo que estos sean los únicos criterios existentes para decidir acerca del tratamiento, igualitario o diferenciado, de la responsabilidad penal de los jóvenes. Pero sí son

- (1.) Algunos dirán que la responsabilidad penal de los adultos y de los jóvenes debe ser tratada por igual⁸, sin tomar en cuenta las especificidades que los distinguen. No importa si uno es joven o adulto, ya que -según supone este enfoque- la igualdad implica que todos sean tratados de la misma manera, sin ninguna diferenciación, en cuanto a su responsabilidad penal. En esta respuesta subyace el siguiente criterio acerca de la igualdad: A cada quien la misma cosa.
- (2.) Habrá otra respuesta que se base, preponderantemente, en un criterio asistencial, o de beneficencia pública. Este criterio puede servir para sostener que los jóvenes, a diferencia de los adultos, no deben ser responsabilizados penalmente por sus actos ilícitos. Los actos ilícitos de los jóvenes son producto de la insatisfacción de sus necesidades básicas, materiales y morales, son el resultado de su situación irregular. Por ese motivo, no deben ser responsabilizados penalmente, sino que deben ser “protegidos y salvados” de los peligros que emanan de la falta de satisfacción de tales necesidades esenciales⁹. Esta fórmula trata de disminuir o excluir del todo la responsabilidad penal de los jóvenes. Igualdad significa acá: A cada quien según sus necesidades¹⁰.

los criterios concretos más frecuentemente utilizados en el derecho para decidir en cuanto a este tema. Esto es fácil de constatar, tanto si uno toma en cuenta el desarrollo histórico del derecho penal juvenil alemán o costarricense, como si atienden las diversas regulaciones legislativas, las diversas propuestas doctrinales o político-criminales, en incluso si se analizan ciertos discursos de la vida cotidiana, que existen al respecto en la actualidad.

- ⁸ Este argumento es primitivo. Los historiadores de la infancia y la juventud afirman que solamente a partir del Renacimiento (S. XV y XVI) se tuvo cierta conciencia general de las particularidades inherentes a las distintas etapas de la vida. Antes de aquel momento histórico, es decir, en la antigüedad y en la edad media, se consideraba, por ejemplo, que las personas con menos de 6 años de edad estaban en una especie de “preexistencia”, después de la cual eran vistas y tratadas como “adultos pequeños”. Las reglas que autorizaban el trabajo infantil a partir de la edad mencionada, parecen confirmar esta tesis. En cuanto al tema específico de la responsabilidad penal, en el derecho Romano, ya se consideraba capaces de responsabilidad penal a los niños mayores de 7 años. Para estas personas se podía aplicar una atenuación de la sanción únicamente si “su maldad no había ocupado su edad”, y no en consideración de otros atributos o características. Así, Rössner en Meier/Rössner/Schöch, *Jugendstrafrecht*, München, 2. Aufl., 2007, S. 31-32, 34.
- ⁹ En Latinoamérica esta idea usualmente ha ido acompañada de una presunción legal según la cual los jóvenes carecen de toda capacidad mental para comprender las normas penales, es decir, de que no tienen capacidad de imputación penal. En efecto, en el modelo tutelar latinoamericano se coloca lado a lado a los jóvenes y a los enfermos mentales. Aquellos al igual que estos, son “inimputables”, y por ello no son capaces de responsabilidad penal.
- ¹⁰ Esta idea fue, justamente, la que inspiró el nacimiento del primer tribunal juvenil en el año 1899 en Chicago, Estados Unidos, y también es la base de la “teoría tutelar” o de la situación irregular, de amplia vigencia histórica y de permanente arraigo socio-cultural en Latinoamérica. Anthony Platt advierte, frente a este enfoque, que el supuesto objetivo de protección de los jóvenes en realidad ocultaba el fin real latente de promover y extender un sistema punitivo de control de los jóvenes de las clases trabajadoras urbanas. Este sistema punitivo terminó siendo mucho más arbitrario

- (3.) Alguna otra posición sostendrá, mediante un criterio “aristocrático”, que la diferenciación de la responsabilidad penal de los jóvenes respecto de la de los adultos depende del rango o categoría que se les asigne como seres, ya sea como sujetos “plenos” o como sujetos de “menor rango”. Así, por ejemplo, se decidirá si los jóvenes son responsabilizados penalmente de igual o de diferente manera a los adultos, según ciertos criterios raciales (ario-judío, blanco-negro, europeo-mestizo) o jurídico-políticos (enemigo-ciudadano). A cada quien según su rango¹¹, indica acá el criterio de diferenciación subyacente.
- (4.) Otra respuesta indicará que todo depende de la gravedad de las acciones. Los jóvenes deben ser responsabilizados penalmente de igual o diferente manera a los adultos dependiendo de que hayan cometido una acción delictiva calificada

que el propio sistema penal de adultos al quedar “desatado” de importantes límites legales y constitucionales. Esta advertencia debería recordarse siempre, para desconfiar de todas aquellas propuestas para el derecho penal juvenil que reclaman, en aras de un supuesto “fin educativo” o protector, una relativización de los derechos y garantías penales, materiales y procesales, propias del Estado Liberal de Derecho. Al respecto: Platt, A. *The Child Savers. The Invention of Delinquency*. New Brunswick, New Jersey, London, Rutgers University Press, 2009. En este mismo sentido Gaylin, W. et al. *Doing Good. The Limits of Benevolence*. New York. 1978. Estos últimos autores destacan como la práctica de beneficencia institucionalizada es una mezcla de ayuda y control social, en que los límites entre una y otra actividad se difuminan.

¹¹ El derecho penal juvenil del período nacional-socialista alemán es un claro ejemplo histórico de la utilización de este criterio. Formalmente existía una ley penal juvenil, donde se planteaba una forma de responsabilidad penal diferente para todos los jóvenes ubicados entre los 12 y los 18 años de edad. En la práctica, sin embargo, dicha ley se aplicaba solamente a los “miembros del pueblo alemán”, cuya pertenencia se fijaba según criterios de “pureza racial”. Los jóvenes judíos, polacos y gitanos ubicados en el mismo rango etario antes mencionado, debido a su raza, debían ser juzgados como adultos o, incluso, debían ser juzgados bajo los criterios más gravosos establecidos en las ordenanzas policiales. Así, Meier/ Rössner/Schöch, op.cit..., S. 38-40; Ostendorf, H. *Jugendstrafrecht*, Baden-Baden, 2007 S. 49, Rn. 16; Streng, F., *Jugendstrafrecht*, Heidelberg, UTB, 2007, S. 21; Eisenberg, U. *Jugendgerichtsgesetz: Kommentar*, München, 2007, §3, Rn. 3. El mismo criterio se utiliza en las leyes antimaras de países centroamericanos como Honduras y El Salvador. En esos países se considera como personas de menor rango a aquellos jóvenes con ciertos atributos físicos como tatuajes, o que forman parte de una banda juvenil. Con base en ese criterio se les juzga, mediante una ley especial, de manera más gravosa que a otros jóvenes, e incluso que a los adultos.

como grave¹². Si la acción es grave deben ser tratados como adultos. A cada quien según [la gravedad de] sus obras¹³.

- (5). Existe también una posición que indica que para responder si procede o no una diferenciación entre la responsabilidad penal de un joven y la de un adulto han de tomarse en cuenta, como base fundamental, ciertos atributos inherentes al sujeto como, por ejemplo la edad o ciertas de sus capacidades psíquicas. En este caso el criterio material de igualdad indica: A cada quien según sus méritos o atributos inherentes.
- (6.) Finalmente, otros sostendrán, dentro de una lógica exclusivamente legalista, que la decisión de distinguir entre la responsabilidad penal de los jóvenes y la responsabilidad penal de los adultos se ha confiado a la ley. La ley decide a quienes se trata de la misma manera y a quienes se debe tratar de manera diferenciada en cuanto a su responsabilidad penal. Se supone entonces, que uno debe conformarse con aplicar las distinciones que realiza el derecho positivo acerca de la responsabilidad penal, sin cuestionar su justificación o fundamento. En el fondo de este pensamiento subyace el siguiente criterio: A cada quien según lo que la ley le atribuye.

Nos encontramos entonces, con una amplísima diversidad de respuestas frente a la pregunta acerca de cómo tratar la responsabilidad penal de los jóvenes. Todas ellas, sin embargo, comparten un rasgo común: tienen la misma estructura lógica. Esto no es fácilmente perceptible. En palabras de Perelman, se puede decir que todas las respuestas que se han expuesto, tienen en común una idea formal o abstracta de igualdad¹⁴. Esta idea indica: los sujetos que tienen una característica

¹² Mediante un concepto de culpabilidad para la medición de la pena (Strafzumessungsschuldbe-griff) se pueden formular ciertos criterios o parámetros para medir la gravedad de un ilícito penal (del comportamiento típico y antijurídico). Estos criterios para la medición de la gravedad de un ilícito penal deben aplicarse en sistemas claramente diferenciados de responsabilidad penal y penal juvenil, y no utilizarse para distinguir estas formas de responsabilidad penal. La gravedad de un ilícito no es adecuada para decidir tal diferenciación. Si se afirma que un joven debe ser tratado como un adulto debido a la gravedad del ilícito que cometió se deja de lado todo límite de edad para hacer esa distinción, pero además, se obvian otros atributos inherentes y otras circunstancias materiales que permiten justificar la separación de ambas formas de responsabilidad en el contexto de un derecho penal juvenil basado en la culpabilidad.

¹³ Un ejemplo del uso de este criterio de diferenciación existe en el sistema de justicia de algunos estados de la unión americana. Esta respuesta nace, usualmente, de los arrebatos del discurso de mano dura frente a hechos delictivos de cierta resonancia o difusión social. Tal criterio parece subyacer, en Alemania por ejemplo, en los primitivos alegatos de Kusch para abolir las sanciones penales juveniles porque la "reacción estatal a un delito debería ser percibida como una pena". Así, Kusch, R. Plädoyer für die Abschaffung der Jugendstrafe, NStZ, Heft 2, 2006, 65 ff.

¹⁴ Así, Perelman, op.cit... S.27-29.

esencial común X han de ser agrupados en una misma categoría esencial y deben ser tratados de la misma manera y, *contrariu sensu*, todos aquellos sujetos que no tienen una característica esencial común X, deben ser ubicados en categorías esenciales distintas y deben ser tratados de diferente manera, en cuanto a su responsabilidad penal. El postulado de igualdad se restringe acá a la forma lógica de una “norma universal condicionada”¹⁵.

La idea formal de igualdad propone, por lo tanto, un trato igual para los iguales y un trato desigual para los desiguales, si se atiende la misma pauta, criterio esencial, o característica de diferenciación para la clasificación de los sujetos. Se trata, ni más, ni menos, de la misma fórmula de la igualdad, expuesta ya desde la Antigüedad clásica. El concepto formal de igualdad indica “Lo igual ha de tratarse como igual, lo desigual como desigual”¹⁶. Si se aplica esta noción o fórmula meramente formal de igualdad a nuestro tema ya se puede inferir, por lo menos, lo siguiente:

- (1.) Que el postulado formal de igualdad contiene una norma para el trato igualitario de las personas. Si los sujetos comparten una característica esencial [no sabemos aún cuál es esta característica], se les debe agrupar en la misma categoría esencial y, por ello, su responsabilidad penal debe ser tratada de la misma manera.
- (2.) Que el postulado formal de igualdad también contiene una norma para el trato diferenciado de las personas. Si los sujetos no comparten una característica esencial [no sabemos cual es] se les debe agrupar en categorías esenciales diferentes y, por ello, su responsabilidad penal debe ser tratada de diferente manera. El principio de igualdad también impone el tratamiento desigual de lo diferente.

Sin embargo, mediante este criterio abstracto o formal de igualdad aun no sabemos cuáles características esenciales de diferenciación se deben tomar en cuenta para decidir acerca de un tratamiento igualitario o diferenciado de la responsabilidad penal de los adultos y de los jóvenes¹⁷, ni se dice de qué manera habrá que considerarlas. Las variables de la noción formal de igualdad están abiertas y, como se ha visto, dicha fórmula puede adaptarse a soluciones muy diversas. Hasta ahora,

¹⁵ La forma lógica de esta clase de normas es la siguiente: *La norma Y rige para todo X, si todo X tiene determinados atributos. Si todo X tiene los atributos E1, E2, E3... por lo tanto es debido que se aplique sobre todo X la consecuencia jurídica prevista en Y.* Sobre la distinción entre el sentido formal y el sentido material de la igualdad: Alexy, R. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, S. 361-363.

¹⁶ Así, Aristoteles, *Die Nikomachische Ethik, Fünftes Buch, V6 (1131a)*, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2006: “Y a decir verdad la igualdad es la misma para lo que y en lo que ella existe. Como se comportan las cosas, así se comportarán también los seres humanos. Si estos no son iguales, no se tendrán tampoco como iguales”. Traducción libre del alemán hecha por el autor.

¹⁷ Así Perelman, Ch. *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, in: *Über die Gerechtigkeit*, op.cit... S.105 und S. 117.

únicamente sabemos que hay que tratar de igual manera a dos sujetos (o grupos de sujetos) cuando forman parte de la misma categoría esencial, en virtud de que comparten alguna característica común X^{18} . En consecuencia, no podemos tampoco saber qué es igual, ni qué es diferente al respecto entre estos grupos de sujetos.

La respuesta acerca de cuáles características de diferenciación habrá de considerarse para decidir un tratamiento igualitario o diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes, no la puede dar el concepto o noción formal de igualdad ya que este es solo un marco general, una estructura lógico-formal. De un concepto meramente formal de igualdad no se puede obtener una respuesta para la pregunta de si tratar la responsabilidad penal de los jóvenes de igual o de diferente manera a la de los adultos, ni se puede encontrar tampoco una solución para nuestro problema: no se puede ni justificar; ni rechazar (¡porque no sabríamos nunca bajo qué criterio hacerlo!) un concepto de culpabilidad penal juvenil igual o diferente al de adultos. Como sintetiza Haba Müller, la igualdad formal:

“(...) solamente puede determinar la forma de la ley: que esta sea igual para todos los CONSIDERADOS COMO [si fueran] iguales y que revista, por tanto, la forma de la generalidad. No puede decirnos nada, en cambio, en cuanto al contenido de tales leyes generales, valederas por igual a todos los equiparados como iguales.”¹⁹

Atendidas estas “debilidades” del concepto formal de igualdad, también se puede esbozar un sentido material o concreto para la igualdad. Para explicar mejor en qué consiste un criterio material de igualdad podemos utilizar, de nuevo, las respuestas arriba expuestas. Con cada una de ellas se ha respondido a la pregunta ¿Es apropiado tratar de igual o de diferente manera la responsabilidad penal de los adultos y de los jóvenes? Fácilmente se podrá notar que la diferencia fundamental entre aquellas respuestas consiste en que cada una propone un criterio concreto o material distinto, una característica de diferenciación distinta (necesidades, rango, méritos o atributos, gravedad de la conducta etc.), como la única que se debe con-

¹⁸ Aun así, si se entiende la estructura lógico formal de la igualdad (la de una norma universal condicionada), esta se constituye, por lo menos, como un requerimiento necesario que exige ya cierta racionalidad práctica, para el legislador. El deberá adecuar sus actuaciones para la formulación del derecho, a dicha estructura. Esto ya es una ventaja. Sin embargo, de aceptar únicamente el significado formal para el precepto de igualdad, se genera también una grave desventaja. El legislador podría justificar un trato discriminatorio, realizado por ejemplo mediante una ley penal, con solo que ella tenga la forma de una norma universal. La valoración de si una ley o norma específica vulnera el postulado de igualdad también se reduciría, en este caso, al análisis de si la norma emitida tiene o no la forma de una norma universal condicionada, sin atender a su contenido material particular, esto es, sin considerar, ni valorar, el criterio o característica de diferenciación considerada para decidir. Así, Alexy, op.cit..., S. 361.

¹⁹ Haba Müller, P. *Axiología Jurídica Fundamental*. San José, Editorial UCR, 2007, p. 37.

siderar, para responder a esta pregunta. Cada una de las respuestas mencionadas representa una fórmula concreta de igualdad²⁰ para decidir acerca del tratamiento igualitario o diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes y los adultos. El desacuerdo al respecto surge, justamente, en este punto, cuando se pasa de una idea formal de igualdad a una fórmula concreta o material de igualdad. Tal desacuerdo ocurre por dos razones esenciales:

- (1.) Porque los criterios y características de diferenciación considerados para decidir acerca de un trato igualitario o diferenciado entre tales sujetos o grupos de sujetos son diversos y antinómicos.
- (2.) Porque para elegir aquel criterio o característica de diferenciación, que se debe utilizar para decidir sobre un trato igualitario o diferenciado, se parte, previamente, de algún criterio valorativo fundamental y estos también son variados y pueden diferir y oponerse entre sí.

2. Acerca de las antinomias de las fórmulas concretas de igualdad

La divergencia entre los diferentes criterios concretos de igualdad es lo que Perelman denomina como las antinomias de la justicia o la igualdad concreta²¹. Partiendo de esta idea, considero que también se puede hablar las antinomias acerca del tratamiento de la responsabilidad penal de los jóvenes. Expuesto brevemente, esto significa que si se toman en cuenta al mismo tiempo diversas características materiales de diferenciación, esto llevará a soluciones antinómicas acerca del tratamiento, igualitario o diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes. Esta idea puede quedar más clara si se utilizan, como ejemplo, tres de las respuestas arriba mencionadas²². Para decidir acerca del tratamiento, igualitario o diferenciado de la responsabilidad

²⁰ En este caso, el juicio de igualdad o desigualdad se realiza mediante un "par de comparación", en el que dos sujetos o grupos de sujetos (por ejemplo, adultos/ jóvenes) son comparados en relación a cierta característica de diferenciación concreta. Si el sujeto A y el sujeto B muestran ambos la característica E, por lo tanto son iguales y se les aplican iguales consecuencias jurídicas. Si los sujetos no muestran tal característica, entonces son desiguales y se les aplican consecuencias jurídicas diferentes. Así, Alexy, op.cit.. S: 361-363.

²¹ Perelman, *Eine Studie* (...), op.cit., S.44-53.

²² Son ejemplos simplificados. En la realidad del derecho y la política criminal penal juvenil los criterios mencionados no se utilizan aisladamente. Generalmente se les acompaña siempre de algún criterio de edad, es decir, de cierta edad mínima y máxima para diferenciar la responsabilidad de los adultos, los jóvenes y los niños. Estas "edades límite" han sido diferentes a través de la historia, y siguen siéndolo, en las diversas legislaciones. No obstante, si uno no se conforma con una explicación exclusivamente legalista (del tipo: "Esta diferenciación debe hacerse así, porque así lo indica la ley"), absolutamente arbitraria, entonces deberá buscar algún otro fundamento o justificación racional para adoptar ciertas edades como límite de la responsabilidad penal y penal juvenil, o en su caso, para cuestionar dichas edades legalmente propuestas. Según considero,

penal de los jóvenes, se pueden considerar las siguientes características de diferenciación: A. Que hayan cometido o no un hecho grave; B. Que tengan o no necesidad de ser protegidos, salvados o “educados”; C. Que tengan o no una edad ubicada dentro de ciertos rangos-límite. Estos criterios llevan a soluciones distintas, en cuanto al trato de la responsabilidad penal de los jóvenes. Pero, además, tales soluciones son abiertamente antinómicas si se les considera simultáneamente. Veamos:

Si se trata de manera desigual la responsabilidad penal de jóvenes de la misma edad, pero con distintas necesidades socio-educativas, se violaría el principio de igualdad, ya que se trata de manera diferenciada a quienes, según el criterio de la edad, forman parte de la misma categoría esencial. Pero además, si se trata de manera igualitaria a jóvenes de la misma edad, también se vulneraría el requerimiento de trato diferenciado, para aquellos que, según el criterio de sus necesidades, se encuentran en categorías distintas.

Si se trata de manera diferenciada a personas que han cometido hechos idénticamente graves, pero con distintas edades, se viola el principio de igualdad ya que, según el criterio exclusivo de la gravedad del hecho, dichas personas forman parte de la misma categoría esencial y deberían ser tratadas de igual manera. Si se trata de manera igualitaria a jóvenes de la misma edad, pero que han cometido hechos con distinta gravedad, se vulnera el requerimiento de trato diferenciado para quienes, según el criterio de la gravedad del hecho, están en categorías esenciales distintas y deberían ser tratadas de manera diferente.

Al considerar simultáneamente características de diferenciación diversas podría concluirse, a la vez: (1.) Tanto que los jóvenes deben ubicarse en la misma categoría esencial que los adultos y que, por ello, su responsabilidad penal debe ser tratada de la misma manera; (2.) Que se les debe ubicar en distintas categorías esenciales y, con ello, que su responsabilidad penal ha de ser tratada de distinta manera. Uno podría seguir encontrando estas antinomias, aparentemente irresolubles, al entrecruzar todas las variables, todas las características de diferenciación antes mencionadas. Sin embargo, voy a dejar las cosas de este tamaño. Lo dicho hasta ahora me basta para destacar lo siguiente²³:

(1.) Si se entiende el principio jurídico-constitucional de igualdad en un sentido formal, no se puede responder si la responsabilidad penal de los jóvenes debe ser

este fundamento o justificación no debe ser exclusivamente normativo, sino que debe tener algún sustento teórico-empírico.

²³ Respondo la cuestión planteada al inicio: ¿Es posible, con base en el principio jurídico-constitucional de igualdad, decidir si se debe diferenciar la responsabilidad penal de adultos y jóvenes, y si se debe hacer uso del mismo concepto de culpabilidad o se deben establecer algunas distinciones en ese concepto para los jóvenes?

tratada de igual o de diferente manera a la de los adultos, ni tampoco si conviene utilizar el mismo concepto de culpabilidad del derecho penal general o si deben establecerse algunas distinciones en ese concepto para los jóvenes. La idea formal de igualdad es una fórmula vacía²⁴. Si se entiende la igualdad en un sentido exclusivamente formal, no es posible inferir una “fórmula mágica”, para decidir acerca del problema planteado.

- (2.) Si se entiende el principio jurídico-constitucional de igualdad en un sentido concreto o material sí se puede obtener una respuesta para las cuestiones planteadas. Dicho más precisamente, la respuesta acerca de si tratar la responsabilidad penal de los jóvenes de igual o de diferente manera a la de los adultos siempre dependerá de la fórmula concreta de igualdad, de los criterios concretos o características de diferenciación utilizadas para determinar si los sujetos pertenecen o no a una misma categoría esencial²⁵, aun cuando tales criterios no se expongan abiertamente. Pero:
- (3.) Si se entiende la igualdad en un sentido material o concreto, existirán tantos criterios concretos de calificación y de decisión como características materiales existan, y tales criterios concretos de igualdad son antinómicos, es decir, llevarán a soluciones totalmente distintas y contrapuestas acerca de si tratar la responsabilidad penal de los jóvenes de una manera igual o diferente a la de los adultos. El uso de ciertos criterios concretos o materiales de igualdad, para decidir acerca de un trato igualitario o desigual de la responsabilidad penal de los jóvenes, nunca va a excluir la posibilidad de que se aleguen otros criterios concretos contrapuestos. Siempre alguien podrá afirmar que se ha violado el principio de trato igualitario o que no se ha acatado el precepto de trato desigual de lo diferente, porque no se ha tomado en cuenta alguna otra característica, criterio determinado o alguna otra clasificación esencial, para decidir al respecto. Por lo tanto:
- (4.) La consideración simultánea de distintos criterios materiales de igualdad, tampoco basta para decidir acerca de un trato igual o desigual de la responsabili-

²⁴ Esta fórmula vacía se puede usar, eso sí, para justificar, *retóricamente*, cualquiera de las soluciones político-criminales a las que se hizo referencia arriba. Enfrentado a la crítica, quien defienda cualquiera de las posiciones mencionadas podrá indicar: ¡Es que esta solución para el tratamiento de la responsabilidad penal de los jóvenes, sí respeta el principio de igualdad! Cuando se dice que un determinado modelo penal para el tratamiento de las conductas ilícitas de los jóvenes se adecua al principio de igualdad, y no se indica el criterio material utilizado para decidir un tratamiento igual o desigual, *no se dice prácticamente nada*. Lo que se busca con ello es construir un apoyo emotivo que puede servir para cualquier modelo de derecho (tutelar, penal de adultos, penal juvenil especializado) aplicado a jóvenes.

²⁵ Perelman, *Eine Studie...*, op.cit., S.44-46.

dad penal de jóvenes y adultos, básicamente, porque genera una ambigüedad esencial²⁶.

Pero entonces ¿Cómo decidir si se debe realizar un tratamiento igual o diferenciado de la responsabilidad penal de los adultos y de los jóvenes? Y, consecuentemente, ¿Cómo decidir si para juzgar las conductas ilícitas de los jóvenes conviene utilizar el mismo concepto de culpabilidad del derecho penal de adultos o si conviene introducir un concepto específico de culpabilidad penal juvenil que permita un trato diferenciado de este grupo de personas? Para poder hacerlo, como se verá a continuación, se debe elegir, previamente, entre varias características concretas de diferenciación alguna que se considere más *adecuada o relevante*.

3. La elección de una característica concreta de diferenciación que permita decidir entre un trato igual o diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes

¿Atrapados sin salida? Si el concepto formal de igualdad es, y será siempre, una fórmula vacía y los conceptos concretos de igualdad son, y serán siempre, antinómicos, ¿qué se puede hacer? Frente al panorama descrito no queda ninguna otra opción más que escoger una característica de diferenciación adecuada o relevante²⁷. Solamente mediante la elección de una característica de diferenciación adecuada se

²⁶ Como expone Alexy, op.cit..., S. 363: "Dado que no hay dos individuos, ni dos situaciones humanas, entre los cuales no exista tanto una igualdad fáctica parcial, como también una desigualdad fáctica parcial, todo debería ser tratado continuamente tanto como igual y también como desigual, si la fórmula se relacionara en cierto modo con la igualdad y la desigualdad fáctica." (Traducción libre.) La igualdad/desigualdad material entre dos sujetos o grupos de sujetos, siempre será una igualdad o una desigualdad fáctica parcial. Dos individuos o situaciones humanas de vida nunca son iguales o desiguales en todos los aspectos. Cuando se utilizan diversos criterios materiales de comparación, siempre se obtendrá como conclusión que existe una igualdad y una desigualdad parcial: los sujetos coinciden en algunas características y divergen en otras. Dado este supuesto, siempre será compatible o inferible, desde un punto de vista lógico, tanto la conclusión de un trato igualitario, como la conclusión de un trato desigual. En ese mismo sentido se pronuncia Perelman, *Fünf Vorlesungen (...)*, op.cit... S 102-103. Este autor enfatiza que la igualdad deberá referirse finalmente, a lo sumo, a ciertos atributos de comparación o, lo que es lo mismo, a ciertas características de diferenciación elegidas como relevantes para decidir acerca de si procede un tratamiento igualitario o diferenciado. La pregunta esencial que emerge acá indica ¿Cómo elegir o decidir cuáles atributos de comparación deben ser tenidos como relevantes?

²⁷ Si se pretende promover una mayor proporcionalidad en la distinción de la responsabilidad penal de adultos y jóvenes, se requiere de ciertas pautas o criterios concretos de medida para poder hacerlo. La discusión se centra entonces en elegir qué es lo que debe considerarse como criterio material de medida, con ese fin. Este es el problema del contenido material del concepto de igualdad. Se trata de un problema esencial de la axiología jurídica y la filosofía política. Al respecto, Recasens Siches, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Mexico D.F., editorial Porrúa, 1986, 488 ss.

podrá decidir acerca de los temas planteados, es decir, solamente así se podrá definir si procede un tratamiento igual o diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes y si se debe formular o no un concepto penal juvenil específico de culpabilidad.

Esta elección solamente es posible si se admite, previamente, algún criterio valorativo fundamental²⁸. Este valor fundamental nos permitirá discriminar lo que es importante y lo que no lo es, lo que es esencial y lo que es secundario, con aquél fin. Solamente una decisión previa, sobre lo que “vale y no vale”, es la que permitirá elegir una característica de diferenciación²⁹, que sirva para decidir, y para formular ciertos principios de acción (reglas-, normas, conceptos jurídico-normativos), respecto de un tratamiento igual o diferenciado de la responsabilidad penal de jóvenes y adultos. De nuevo los ejemplos sirven para un mejor esclarecimiento de las ideas.

Se puede decir, que en el modelo latinoamericano de derecho tutelar de menores subyace cierta idea de caridad o beneficencia, como valor o criterio valorativo fundamental. A partir de este valor se puede fundamentar que la característica de diferenciación relevante es la *insatisfacción de ciertas necesidades básicas* de los jóvenes, una “*situación irregular*” que, supuestamente, los lleva a delinquir y de la cual deben ser “salvados”. Es con base en esta característica concreta de diferenciación, primordialmente, que se decide que debe existir una responsabilidad penal de los jóvenes distinta de la de los adultos o bien, que se afirma la falta de responsabilidad penal de los jóvenes.

Con la entrada en vigencia de un modelo de derecho penal juvenil el criterio valorativo fundamental cambió. En Latinoamérica la transición legal formal desde un derecho tutelar de menores hacia un modelo de derecho penal juvenil, puede verse como una evolución jurídico-política que produjo un cambio en el criterio valorativo

²⁸ Véase Perelman, *Eine Studie (...)*, S. 65-82; *Fünf Vorlesungen (...)* S. 132-135: La elección de un criterio valorativo fundamental, como sostiene Perelman, siempre es arbitraria, desde un punto de vista lógico y empírico. Esto en el sentido de que los valores no pueden inferirse lógicamente de otros valores, ni demostrarse empíricamente. En este caso, la escala de valores, y la elección de un criterio valorativo fundamental, estará vinculada con la opción por un determinado modelo de Derecho Penal y de Estado. La escala de valores o principios dentro de ese contexto jurídico-político particular, permitirá derivar una concepción determinada de igualdad concreta, es decir, en la que se fijen las características de diferenciación relevantes para decidir acerca del trato igualitario o diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes. O como indica Bobbio, N. Eguaglianza e libertà, Torino, editori Einaudi, 1995; (en español, Igualdad y libertad, Barcelona, Paidós, 1993, S. 74 ss.): la decisión de aquello que se considera relevante o “suficiente” para justificar un tratamiento legal desigual o diferenciado debe hacerse siempre a partir de “... *la elección del valor* [que se considera debe prevalecer] y, *por lo tanto, está históricamente condicionada.*” Lo escrito entre paréntesis cuadrado se suple. Finalmente se debe tomar una determinada opción valorativa. Ya en este punto, no queda más que recurrir a axiomas.

²⁹ Es por eso que se debe afirmarse que todo criterio concreto de igualdad dependerá siempre de valores distintos a la igualdad misma, colocados como principios o criterios valorativos fundamentales.

fundamental admitido. Este cambio modificó, a su vez, las características materiales que se deben considerar como relevantes o adecuadas, para decidir acerca de un trato igualitario o diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes. Para entender eso hace falta comprender y aceptar, primero que todo, que el derecho penal juvenil también es derecho penal juvenil de la culpabilidad.

Quiero decir, claramente, que con el modelo de derecho penal juvenil de la culpabilidad el legislador eligió un nuevo fundamento valorativo esencial, el cual es, precisamente, el principio de culpabilidad. Esto significa que para los jóvenes también rige el principio de que solamente pueden ser sancionados si han actuado culpablemente. No obstante, debe indicarse que este valor fundamental también es una fórmula abierta. El principio de culpabilidad penal indica que solo quien ha actuado culpablemente puede ser sancionado o declarado como penalmente responsable y tratado como tal. Acá también subyace una idea formal de igualdad. Simplemente sabemos que se debe tratar de igual manera a todos los sujetos, en el sentido de que solo se puede declarar su responsabilidad penal si se demuestra que han actuado culpablemente. Pero el principio de culpabilidad no nos indica (¡y no puede hacerlo, pues es solo eso, un principio formal!) la característica esencial de diferenciación que se debe elegir para determinar cuándo un sujeto “ha actuado culpablemente”, ni se dice de qué manera debe hacerse esa determinación. Sin embargo, ya sabemos, finalmente, que el criterio de diferenciación debe vincularse con esa posibilidad de actuar culpablemente. Lo que más importa es precisar cuáles atributos se requieren para poder actuar culpablemente.

Esto es, precisamente, lo que pretende la dogmática penal al presentar los componentes y requisitos del concepto de culpabilidad penal y, con ellos, ciertos atributos o cualidades requeridos para poder actuar culpablemente³⁰. No obstante, es claro que los logros efectivos de este concepto de culpabilidad, en lo que respecta al objetivo de vincular un ilícito penal con un sujeto específico, dependerán del contenido de significado (formal-abstracto o real-material, social general o individual particular) que se asigne a esos componentes y requisitos. En este artículo se parte de un axioma: para poder vincular un ilícito penal con un sujeto de carne y hueso se debe asumir como criterio valorativo fundamental una idea personal o individual, real-material, de culpabilidad. Esto significa que para poder afirmar que los jóvenes han actuado culpablemente, se debe realizar alguna vinculación de la acción injusta (típica y antijurídica) con ciertos atributos o cualidades psíquicas y con ciertos

³⁰ Jescheck, H.H. *Wandlungen (...)*, op.cit.. S. 609 ff.; Roxin, A.T., §19 Rn. 54; Achenbach, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, Schweitzer Verlag, 1974, S. 2 ff.; Shönke-Schröder, op.cit..., vorbem §13, Rn. 111. Se discute, sin embargo, sobre el contenido, real o hipotético normativo, individual particular o social general de esos atributos o cualidades intrínsecas.

atributos socioculturales específicos del autor joven de dicho injusto penal. Estas cualidades son relevantes, ya que se les considera como requisitos para poder comprender las normas penales y para poder actuar conforme a esa comprensión, o, lo que es lo mismo, porque se les considera como requisitos para *la imputación subjetiva de un injusto pena*³¹. En este punto se debe destacar lo siguiente:

- (1.) Dentro del contexto de un sistema jurídico penal juvenil, que tiene como criterio valorativo fundamental el principio de culpabilidad, entendido en un sentido personal o real material, es posible elegir una característica concreta de diferenciación adecuada³² o relevante para decidir entre un trato igual o desigual de la responsabilidad penal de los jóvenes.
- (2.) La característica material de diferenciación adecuada y relevante para decidir entre un trato igual o desigual de la responsabilidad penal de los jóvenes es

³¹ Este argumento sirve para apoyar la afirmación que se ha hecho en Alemania de que el pensamiento educativo es un *Caballo de Troya en el Estado de Derecho*. Tal afirmación, ciertamente, es correcta. La inclusión del pensamiento educativo dentro de un modelo de *derecho penal juvenil de la culpabilidad* lleva a soluciones antinómicas irresolubles y, consecuentemente, al debilitamiento de derechos y garantías procesales y materiales básicas en este contexto jurídico-político. Esto ha sido demostrado, claramente, desde hace tiempo, en Alemania. En particular se ha demostrado como el pensamiento educativo (Erziehungsgedanke) ha servido tanto para la reducción de controles, derechos y garantías procesales, como también para justificar un aumento en la intensidad de las sanciones impuestas. Mediante la idea educativa se abandonan, por ejemplo, consideraciones propias de un concepto de culpabilidad para la medición de la pena (Strafzumessungsschuld begriff). Al respecto: Gerken, J./Schumann, K. Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat. Der Erziehungsgedanke in der Jugendgerichtspraxis; Centaurus Verlagsgesellschaft, 1988, S. 1-10; Gerken, J./Berlitz, Claus. Saktionseskalation. Zum fatalen Zusammenspiel von Erziehungsideologie und Registerrecht, in: Ein trojanisches Pferd (...), op.cit., S. 11-36. Pero, según considero, debe agregarse además que el pensamiento educativo también puede actuar como un "cuerpo extraño" en la aplicación de la teoría del delito y en particular como un obstáculo para la aplicación del concepto de culpabilidad para la fundamentación de la pena (Strafbegründungsschuld begriff). En este caso en particular, el pensamiento educativo puede interponerse al análisis que exige el concepto de culpabilidad (capacidad de culpabilidad + conocimiento actual o potencial del injusto/error de prohibición). Esto sucedería, por ejemplo, cuando se aboga por la aplicación de sanciones con base en las supuestas necesidades educativas de un joven, a costa de relativizar el análisis de su capacidad de culpabilidad o su conocimiento/error particular acerca de un injusto penal. Por ello, es necesario reflexionar sobre un concepto de culpabilidad penal juvenil específico. Tal concepto debe basarse en la consideración de las diferencias materiales relevantes para la capacidad de culpabilidad y la comprensión de injusto, que puedan existir entre adultos y jóvenes, y no en consideraciones educativas, que indudablemente llevan a soluciones incongruentes en el contexto de un derecho penal juvenil de la culpabilidad. Discutible es si esas antinomias pueden diluirse al trasladar toda la consideración de los criterios socio-educativos a una teoría específica de la sanción penal juvenil.

³² Esta característica concreta de igualdad puede utilizarse para formular una regla, en este caso una norma jurídica, para decidir acerca del trato igualitario o diferenciado de la responsabilidad penal de jóvenes y adultos. Sobre la justificación de las reglas o normas jurídicas y la existencia de un fundamento siempre arbitrario en ellas, véase Haba Müller, op.cit., S. 43.

el grado de desarrollo de ciertas cualidades o atributos psíquicos y de ciertos atributos socioculturales requeridos para poder comprender las normas jurídico-penales y para poder incorporarlas o considerarlas en las propias actuaciones.

- (3.) Una vez que se tiene en claro cual es este criterio valorativo fundamental y la característica de diferenciación que puede derivarse de él, ya se pueden formular reglas concretas³³ para decidir entre un trato igual o un trato diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes. Así, se puede indicar:

La responsabilidad penal de los jóvenes y de los adultos deberá ser tratada de igual o de diferente manera dependiendo de que estos sujetos compartan o no, con el mismo grado de desarrollo o intensidad, ciertos atributos psíquicos y ciertos atributos socioculturales requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas.

- (4.) Para poder afirmar o denegar la responsabilidad penal de un sujeto joven por la comisión de un ilícito, tanto en el sistema penal juvenil costarricense como en el alemán, se debe aplicar un concepto formal de culpabilidad penal³⁴. Si para decidir acerca del trato, igualitario o diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes se considera como característica de diferenciación aquellos atributos, capacidades o méritos, relevantes en el sentido indicado, entonces tal característica de diferenciación también se debería utilizar para decidir si se debe o no formular un concepto de culpabilidad penal juvenil específico, o si está permitido (desde este criterio de igualdad) utilizar un concepto general de culpabilidad común. Expuesto de otra manera:

Las conductas ilícitas de los jóvenes deberán ser analizadas mediante el mismo concepto de culpabilidad de adultos o mediante uno diferente, dependiendo de que: 1.- Adultos y jóvenes coincidan o difieran en relación a ciertas cualidades psíquicas y ciertos atributos socioculturales requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas. 2.- Será necesario un concepto específico de culpabilidad penal juvenil, si el concepto que ya existe y se prescribe para determinar la responsabilidad penal de los jóvenes, no permite fijar y valorar la existencia de particularidades de los jóvenes en relación a aquellos atributos relevantes³⁵.

³³ Mediante esas reglas concretas de igualdad se pueden tomar decisiones (ejecución de actos, formulación de normas) menos arbitrarias, dado que dichas reglas asumen la forma lógica de un silogismo imperativo, cuya aplicación debe realizarse para tratar de la misma manera a todos los miembros de una misma categoría esencial.

³⁴ Dependiendo del significado que se asigne a sus componentes, requisitos o categorías de análisis, su uso permite fijar, en un caso concreto, si un sujeto posee o no ciertas cualidades intrínsecas requeridas para comprender y actuar conforme a las normas penales.

³⁵ Como he tratado de mostrar en otra ocasión (véase el trabajo citado en la nota al pie Nr. 3), en el concepto de culpabilidad penal prescrito para los jóvenes en Costa Rica, y, con menor

Pero, ¿Cuáles son las cualidades psíquicas y los atributos socioculturales necesarias para comprender las normas penales y para incorporarlas en el propio actuar?, y, en lo que más importa aún: ¿Entre los adultos y los jóvenes existen o no diferencias respecto de dichos atributos? Mediante el principio constitucional de igualdad, entendido en la acepción material o concreta propuesta, se puede proponer la característica de diferenciación mencionada (o sea, lo que importa es considerar ciertos atributos relevantes). Pero para saber cuales son esos atributos relevantes y si existen diferencias respecto de ellos entre los jóvenes y los adultos, la respuesta no se encuentra (¡ni se encontrará nunca!) en la axiología jurídica, ni en el derecho.

Si uno asume una perspectiva realista para la formulación de una categoría dogmático-penal³⁶, como la de la culpabilidad penal juvenil, se debe tener presente siempre que, para las dos preguntas formuladas en el párrafo anterior, solamente se encontrarán algunas respuestas en ciertas teorías científicas de base empírica. Expuesto breve y claramente: existen suficientes datos empírico-científicos, en la psicología evolutiva, en la neurociencia y en algunos enfoques micro-sociológicos que permiten afirmar que entre jóvenes y adultos hay diferencias en el grado de desarrollo de ciertos atributos (cognitivos, del juicio moral, psico-sociales, en el funcionamiento y estructura del cerebro, y socio-culturales) relevantes para comprender las normas penales y para poder integrarlas o considerarlas al actuar.

En este momento no pretendo extenderme en la exposición de esos atributos relevantes, ni en la explicación de porqué usualmente difieren en adultos y jóvenes. Sin embargo, lo dicho ya basta para indicar lo siguiente: jóvenes y adultos se diferencian, usualmente, y hasta ciertas edades, en el grado de desarrollo de ciertos atributos reales, esto es, cognitivos, del juicio moral, psico-sociales, en el grado de desarrollo de ciertas estructuras y funciones cerebrales, y en ciertos atributos socioculturales (grado de aculturación respecto de la cultura jurídica dominante), necesarios para comprender las normas penales y para actuar conforme a esa comprensión. De modo que sí se puede sustentar una regla concreta para decidir un trato diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes Esta regla indica:

Para comprender las normas penales y actuar conforme a ellas se requieren una serie de atributos psíquicos (cognitivos, de juicio moral, psico-sociales y neuroló-

intensidad, también en el concepto prescrito por la Ley de Tribunales de menores Alemana, subyacen parámetros adultocéntricos de normalidad que, de antemano, no permiten fijar, ni valorar adecuadamente esas divergencias posibles.

³⁶ Para definir el concepto de culpabilidad y sus requisitos y, con ello, para definir los atributos relevantes para determinar si un joven puede comprender las normas penales y si puede actuar conforme a esa comprensión, se puede adoptar un enfoque metodológico realista, o se puede adoptar un enfoque idealista, metafísico (ontologicista-normativo). La elección de una u otra vía metodológica tiene consecuencias esenciales divergentes que no corresponde exponer acá.

gicos) y de atributos socioculturales (grado de aculturación respecto de la cultura jurídica dominante). Dado que los adultos y los jóvenes usualmente difieren en el grado de desarrollo de esos atributos, por lo tanto, ambos grupos de la población deben ser tratados de manera diferenciada en cuanto a su responsabilidad penal. Para ese tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes es necesario un concepto de culpabilidad cuyo contenido de significado permita fijar y valorar el grado de desarrollo de aquellos atributos.

4. Debilidades del criterio de diferenciación propuesto y necesidad de inclusión de la edad como característica complementaria de diferenciación de la responsabilidad penal y penal juvenil

Se ha propuesto como característica de diferenciación esencial ciertos atributos reales, requeridos para comprender las normas penales y para incorporarlas o considerarlas en las actuaciones personales. No obstante, esta característica de diferenciación, si es empleada de manera aislada, genera una grave paradoja. Si se le utiliza para fundamentar la diferenciación entre un sistema de responsabilidad penal de adultos y un sistema de responsabilidad penal juvenil, tal criterio también permitiría sostener los siguientes argumentos:

Si un joven de escasa edad, -digamos 14 años-, tuviera los atributos o cualidades inherentes mencionados, iguales a los de los adultos, entonces él debería ser penalmente responsable como adulto. Y también: un adulto que tuviera dichos atributos iguales a los de los jóvenes, debería ser considerado responsable penalmente como un joven.

Dado el caso, la característica de diferenciación propuesta permitiría justificar tanto (1.) un tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes, como también (2.) el juzgamiento de algunos jóvenes bajo los parámetros de la responsabilidad penal de adultos, y además (3.) el juzgamiento de algunos adultos como si fueran jóvenes, es decir, bajo el sistema de responsabilidad penal de los jóvenes. Claramente: La característica de diferenciación propuesta, si se considera de manera aislada, permite decidir acerca de un tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes, pero a la vez diluye los límites entre un sistema de responsabilidad penal de adultos y un sistema de responsabilidad penal juvenil claramente separados³⁷. ¿Se puede superar esta dificultad?

³⁷ En particular, la conclusión (2.) expuesta en este párrafo, coincide justamente con uno de los principales argumentos utilizados por quienes defienden la idea *de que algunos jóvenes (quienes tengan ciertos atributos relevantes idénticos a los de un adulto) deberían ser tratados penalmente como si fueran adultos.*

En realidad, cuando se distingue entre responsabilidad penal de los adultos y responsabilidad penal de los jóvenes ya se divide a los sujetos en dos categorías esenciales. Para hacer esta división se considera un atributo relevante, distinto del que se ha expuesto hasta ahora. Este atributo es la edad. Si uno observa los distintos modelos de derecho penal utilizados a través de la historia, se encontrará con que siempre se ha recurrido al dato duro de la edad o, más precisamente, a ciertas edades específicas, como característica material de diferenciación para clasificar a los sujetos en aquellas categorías esenciales, con el fin de diferenciar dos formas distintas de responsabilidad penal. En aplicación de este criterio concreto se dirá que ciertos sujetos forman parte de una categoría esencial, la de los jóvenes o la de los adultos, y que se les debe atribuir una u otra forma de responsabilidad penal, dependiendo de que tengan cierta edad-límite X. En las legislaciones más modernas esta clasificación es bastante más detallada:

- (1.) Existe un tope máximo de edad (18 años, por ejemplo) por encima del cual los sujetos son penalmente responsables como adultos, y por debajo del cual son penalmente responsables como jóvenes³⁸.
- (2.) Rige un límite de edad mínimo, por debajo del cual se excluye toda forma de responsabilidad penal (en Costa Rica 12 años de edad, en Alemania 14).
- (3.) E incluso existen subdivisiones dentro de las categorías esenciales anteriores. Dentro del género joven existen, por ejemplo, diversas especies: jóvenes de menos de 18 y más de 15 años de edad (tanto en Costa Rica como en Alemania) y jóvenes de menos de 15 y más de 14 (en el caso de Alemania) o de menos de 15 y más de 12 años de edad (en el caso de Costa Rica), para quienes se fijan distintas formas, distintos grados, particulares de responsabilidad penal juvenil.

Mediante el dato duro de la edad se pueden “marcar”, clara e inequívocamente, los límites entre dos sistemas de responsabilidad penal bien diferenciados, el de adultos y el de jóvenes³⁹. Esto es, definitivamente, una ventaja frente al criterio de “las cuali-

³⁸ En Alemania existe además una especie de rango etario de transición. Así, por ejemplo, habrá adultos jóvenes (Heranwachsenden) de más de 18 y menos de 21 años de edad, que podrían ser tratados bajo las reglas del derecho penal juvenil. Al respecto, Eisenberg, U. Jugendgerichtsgesetz, München, Beck Verlag, 2007. §1/§105

³⁹ Ciertamente la edad como característica de diferenciación permite formular una regla concreta de diferenciación muy clara, para decidir el tratamiento de la responsabilidad penal de los miembros de una determinada categoría esencial, esto es, de quienes tengan una determinada edad. Esto satisface una necesidad racional de coherencia y regularidad en la diferenciación de la responsabilidad penal de adultos y de jóvenes, ya que en un sistema normativo que conceda relevancia a la edad, se pueden inferir reglas que obliguen a tratar la responsabilidad penal de las personas de una manera más o menos proporcional a su edad. De este modo, no podrá ser tratado como un adulto quien sea de una edad menor a aquella fijada como tope o límite superior de la *responsabilidad penal juvenil*; o no tendrá ninguna responsabilidad penal

dades o atributos requeridos para la comprensión y acción respecto de las normas penales”. Sin embargo, en perspectiva crítica debe indicarse que la edad, cuando se emplea de manera aislada como característica esencial de diferenciación, tiene una grave debilidad: por sí sola, no dice nada respecto del principio de culpabilidad, el que -como ya indiqué- ha sido elegido como fundamento valorativo del derecho penal juvenil vigente. Es decir, el criterio de la edad no aporta nada para saber cuándo alguien ha actuado culpablemente; y no solo no puede explicar nada al respecto, sino que tal característica de diferenciación puede ser utilizada, fácilmente, como el fundamento de una presunción de que se ha actuado culpablemente⁴⁰.

Los límites de edad, utilizados para distinguir entre diferentes formas de responsabilidad penal, han variado a través de la historia y varían, en la actualidad, de una legislación a otra. Pero ¿Por qué se ha decidido ubicar los límites entre la responsabilidad penal de los adultos y la responsabilidad penal de los jóvenes a ciertas edades específicas? Cuando se plantea esta pregunta al foro de los juristas, la respuesta más común es que la elección de una u otra edad límite tiene una justificación exclusivamente legal: “Eso es así, porque la Ley así lo indica”⁴¹. (A cada quien según lo que la ley atribuye). Nunca o casi nunca se ofrece otra justificación ulterior. Pero, si se procede de este modo ¿Cuál argumento podría oponerse, por ejemplo, a las intenciones de un legislador que pretenda rebajar el límite de la responsabilidad

quien tenga una edad inferior a un límite mínimo fijado al respecto. Pero ¿cuál es el fundamento para escoger ciertas edades en particular, y no otras, como límite? ¿Este fundamento debe ser exclusivamente normativo? Según considero también se debe brindar una justificación teórico-empírica (psicológico-evolutiva, neurológica, sociológica) para justificar esas edades límite.

⁴⁰ Con base en este criterio se puede *presumir* que, a partir de cierta edad, quien comete un ilícito penal actúa siempre culpablemente, sin realizar ninguna determinación o valoración ulterior al respecto.

⁴¹ La crítica planteada por Pascal frente a este tipo de argumento tiene plena vigencia en el presente: “Tres grados de elevación hacia el polo cambian toda la jurisprudencia; un meridiano decide sobre la verdad. (...) ¡Curiosa justicia esa que un río limita! Verdad a este lado de los Pirineos, error al otro”. Blaise Pascal, 1623–1662. Pascal, B. según cita de Haba-Müller, op.cit., p. 40.

penal de adultos a los 10 años de edad?^{42/43} Con esta pregunta, quisiera dejar en claro mi opinión de que la decisión de fijar a ciertas edades específicas los límites entre diferentes formas de responsabilidad penal, debería fundamentarse mediante algún criterio ulterior menos arbitrario que el meramente legalista. Al tomar decisiones sobre este tema particular, el legislador también debería considerar los datos ofrecidos por numerosas teorías científicas de base empírica.

Frente a las debilidades de los dos atributos de diferenciación recién mencionados, uno se ve tentado a proponer la siguiente solución: ¡hay que combinar ambos criterios! Algo en nuestra intuición, en nuestro conocimiento cotidiano, parece indicarnos que la edad es importante para distinguir entre la responsabilidad penal de los adultos y la responsabilidad penal de los jóvenes pero, además, que pueden existir otras diferencias relevantes entre estos grupos de personas e incluso también entre las especies de jóvenes, clasificadas según ciertos rangos de edad. Quizás algunos sujetos podrían tener mejores, o más desarrollados atributos para comprender las normas del derecho, y por lo tanto, esto también debería considerarse al decidir sobre su responsabilidad penal.

⁴² Autores como Juan Bustos Ramírez, en Latinoamérica, y como Klaus Günther, en Alemania, han sostenido que para fundamentar la imputación de responsabilidad penal, también debe considerarse “el grado de intervención o participación socio-política plena” (Bustos) o el grado de “(...) detentación del derecho de participación política en procesos democráticos de formación de opinión y voluntad acerca del establecimiento de las normas jurídicas.” (Günther). Según considero, este criterio normativo, por sí solo, no es suficiente para distinguir entre la responsabilidad penal de adultos y jóvenes. No lo es porque no alcanza para fijar límites suficientes a la imaginación punitiva de los legisladores. En Latinoamérica, por ejemplo, cuando se ha pretendido justificar el límite de edad de la responsabilidad penal mediante el argumento de que esa edad debe coincidir con aquella en que comienza la participación política plena de las personas, rápidamente se ha sugerido que se debería rebajar la edad mínima de adquisición del derecho a votar, ¡todo con el fin exclusivo de poder criminalizar más tempranamente a los jóvenes, como si fueran adultos! Sin embargo, los criterios político-normativos, ofrecidos por estos autores, podrían complementarse con ciertos datos empírico-científicos. Esto con el fin de fundamentar la existencia de distintas formas de responsabilidad penal y penal juvenil. Sobre las posiciones de estos autores: Bustos Ramírez, J. Imputabilidad y edad penal. http://www.iin.oea.org/imputabilidad_y_edad_penal.pdf; Bustos Ramírez, J. Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal, Bogotá, Editorial Temis, 1ª edición, 1982; Günther, K. Schuld und Kommunikative Freiheit, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann Verlag, 2005, S. 245 ff.

⁴³ Naturalmente que para responder esta pregunta podrían alegarse también otros criterios exclusivamente legales, es decir, podrían seguirse empleando sucesivas apelaciones a la autoridad de ciertas “leyes” superiores. Por ejemplo, se podría indicar que el artículo 40 inciso 1 de la Convención de Derechos del Niño, integrado en la legislación de cada país que la ha suscrito, establece un deber de distinción de la responsabilidad penal de los jóvenes mediante un criterio de edad. Este argumento, -debe replicarse-, sigue sin responder una cuestión central ¿Cuál es la justificación de haber elegido, en esos instrumentos de derecho internacional, la edad como característica de diferenciación?

Al proceder de esta manera, en este caso mediante una intuición del conocimiento cotidiano, sin base científica, lo que se hace es tomar en cuenta dos características de diferenciación a la vez (la edad y las cualidades o ciertos atributos reales requeridos para comprender las normas penales y para actuar con base en esa comprensión), para decidir acerca de la igualdad/desigualdad de los sujetos, y en este caso, para decidir acerca de un tratamiento igual o diferenciado de su responsabilidad penal. Sin embargo, si se emplean dos características de diferenciación distintas al mismo tiempo se cae, inevitablemente, en el ámbito de las antinomias de las fórmulas de la igualdad concreta a las que ya se ha hecho referencia. Así no se puede responder, unívocamente, -al menos en principio-, si a la responsabilidad penal de estos dos grupos de sujetos se le debe dar un tratamiento igualitario o diferenciado.

De lo dicho hasta ahora, ya podemos extraer algunas conclusiones. Para decidir acerca del tratamiento, igualitario o diferenciado, que se debe dar a la responsabilidad penal de los jóvenes:

- (1.) No se puede prescindir del criterio de la edad, porque sin él se diluyen los límites entre un sistema de responsabilidad penal de adultos y un sistema de responsabilidad penal juvenil. Pero el criterio de la edad no basta para justificar la diferenciación entre ambos sistemas de responsabilidad, ya que no puede explicar cuándo alguien ha actuado culpablemente, y consecuentemente, no basta para explicar si entre jóvenes y adultos existen diferencias en cuanto a ese actuar culpablemente. La elección de una u otra edad como límite de diferentes formas de responsabilidad penal usualmente carece de una fundamentación ulterior.
- (2.) Tampoco se puede prescindir del criterio de los “atributos para comprender y actuar conforme a las normas penales” porque sin él no es posible distinguir cuando alguien ha actuado culpablemente, lo cual debe ser un fundamento para la imputación de toda responsabilidad penal. Sin esta característica tampoco es posible explicar si entre adultos y jóvenes existen diferencias en cuanto a ese actuar culpablemente. Pero el uso exclusivo de este criterio puede diluir los límites entre un sistema de responsabilidad penal juvenil y un sistema de responsabilidad penal de adultos.
- (3.) Si se utilizan simultáneamente ambos criterios concretos de igualdad se generan antinomias, se producen soluciones contradictorias acerca del tratamiento de la responsabilidad penal de adultos y jóvenes.

¿Cómo salir de este aparente callejón sin salida?

Las antinomias que genera el uso de dos características de diferenciación, pueden ser absorbidas o diluidas si se utiliza una categoría más compleja que integre aque-

llas características de diferenciación originalmente contrapuestas⁴⁴. No obstante, para que esta nueva fórmula de igualdad concreta⁴⁵, para que esta categoría de diferenciación superior, pueda funcionar para el dictado de ciertas pautas de acción (por ejemplo, reglas o normas para la fijación o valoración de una conducta ilícita), se debe decidir, de antemano, el grado de importancia que se va a conceder a cada una de las características, -ahora integradas-, cuya aplicación causaba una antinomia^{46/47}.

En cuanto al tema que nos ocupa, esto significa que las antinomias que se producen al considerar por separado el atributo de la edad y ciertos atributos requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas, pueden ser absorbidas si tales criterios se integran en una categoría más compleja, mediante la cual se tomen en cuenta ambas características de diferenciación para decidir acerca de un tratamiento igualitario o diferenciado de la responsabilidad penal de jóvenes y adultos. No obstante, para que esta fórmula pueda funcionar para el dictado de ciertas pautas de acción (reglas o normas), que permitan decidir cuándo se debe tratar a una persona como joven o como adulto en cuanto a su responsabilidad penal, se debe establecer previamente el grado de importancia que se asigna a cada una de las características de diferenciación a considerar. Dicho claramente, la

⁴⁴ Perelman, *Eine Studie (...)*, op.cit.. S. 49-50.

⁴⁵ Visto desde esta perspectiva el concepto técnico jurídico de delito no es otra cosa que una fórmula compleja de igualdad, en la cual, mediante cada una de sus categorías de análisis, se consideran diferentes características esenciales de diferenciación, para decidir como deben ser tratados los sujetos acusados de haber cometido un delito. Desde mi perspectiva, si previamente se ha decidido un trato diferenciado de la responsabilidad penal de adultos y jóvenes, entonces cada una de las categorías de análisis del concepto de culpabilidad prescrito para valorar las conductas ilícitas de los jóvenes también debería permitir esta distinción.

⁴⁶ Así, Perelman, *Eine Studie (...)*, op.cit.. S: 49-50/51, Perelman, *La Justicia*, 47-49. Sobre las antinomias: "... hay medios de reabsorberlas menos arbitrariamente, siempre que en previsión de estas dificultades se ha decidido de antemano acerca del grado de importancia que se quiere conceder a cada una de las características cuya aplicación originaba el conflicto. Esta decisión sustituye de golpe las características esenciales propuestas por una característica más compleja, con algunas variantes, que toma en cuenta a cada una de las características anteriores." "Cualquiera que sea la importancia relativa concedida a cada una de las fórmulas... al establecer una fórmula que tome en cuenta, en cierta medida, las dos precedentes, se llega a reabsorber las antinomias que se presentaban anteriormente. La nueva fórmula de justicia cuya aplicación no implica ya antinomias..."

⁴⁷ El establecimiento de esta nueva categoría compleja será, en gran medida, arbitrario, ya que el grado de importancia que se asigne a cada una de las características de diferenciación integradas en ella dependerá del grado de importancia que se les conceda en un contexto específico. Como indica Perelman, op. cit., 51: La importancia que se asigne a las características que se integran en una nueva categoría o fórmula de diferenciación más compleja, siempre dependerá de razones ajenas a esas fórmulas. Esa importancia asignada siempre dependerá del contexto político y jurídico-normativo en que será aplicada la nueva categoría, siempre dependerá del criterio valorativo fundamental que considere más importante.

importancia que se asigne a la edad o a ciertos atributos requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas en la nueva fórmula que los integra, también depende del criterio valorativo fundamental y del contexto jurídico normativo en que se aplicará dicha fórmula.

En el contexto jurídico normativo de un derecho penal juvenil de la culpabilidad, en el cual se pretende explicar cuándo un joven ha actuado culpablemente con el fin de tener algún criterio para la imputación subjetiva de un ilícito penal, la consideración (toma en cuenta) de ciertos atributos específicos requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas debería tener una importancia central, para decidir acerca del tratamiento igualitario o diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes. En consecuencia, se debería conceder al criterio de la edad una importancia suplementaria. Esto significa que, para diluir o reducir las antinomias que puede generar esta categoría compleja, el criterio de la edad, o más exactamente, la fijación de ciertas edades como criterio de diferenciación de distintas formas de responsabilidad penal, debería encontrar alguna justificación o explicación mediante la característica de diferenciación principal. Siendo así, emerge una pregunta esencial:

*¿Existe algún vínculo entre la edad y los atributos requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas? Expuesto de otra manera: La fijación de ciertas edades específicas, como criterio de diferenciación de distintas formas de responsabilidad penal ¿Se puede justificar porque esas edades se vinculan con distintas formas, grados o estadios de desarrollo de los atributos requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas?*⁴⁸

A partir de numerosas investigaciones científicas se puede responder que sí, que efectivamente existe un desarrollo gradual de ciertos atributos requeridos para comprender las normas penales y para poder incorporarlas en las decisiones de actuar. Ese grado de desarrollo usualmente difiere entre adultos y jóvenes. Resulta entonces que la elección de ciertas edades específicas, utilizadas para hacer aquellas distinciones en cuanto a la responsabilidad penal, puede fundamentarse y explicarse porque usualmente a ciertas edades se alcanza algún grado, intensidad⁴⁹, o

⁴⁸ Ya se ha visto que mediante el criterio duro de la edad: (a.) Se fijan los límites dos formas esenciales de responsabilidad penal: la de los jóvenes y la de los adultos; (b.) Se fija un límite de edad mínimo, por debajo del cual se excluye toda forma de responsabilidad penal; (c.) Se distinguen distintas formas ("intensidades") de responsabilidad penal juvenil. Pero ¿Por qué? ¿Con base en cuál fundamento se han escogido determinadas edades y no otras con esos fines? Como se dijo, esto no se explica nunca o casi nunca. De seguido formulo una hipótesis plausible para responder esas preguntas.

⁴⁹ Dado que existe este fundamento empírico, real, para la diferenciación de distintas formas de responsabilidad penal, se debería responder qué consideración debería hacer el legislador y el

estadio importante de desarrollo, de ciertos atributos requeridos para comprender las normas penales y para poder actuar conforme a ellas. En ese tanto, el uso del criterio de la edad, ya no se entenderá exclusivamente como un dato arbitrariamente elegido, sino que encontraría su justificación en el criterio principal expuesto.

Debe destacarse entonces, que en el fondo de esta categoría compleja, de este criterio material de diferenciación, subyace una idea de proporcionalidad entre los atributos seleccionados como relevantes y la responsabilidad penal: La responsabilidad penal debe ser proporcional a la edad y al grado de desarrollo de ciertos atributos psíquicos, neurológicos inherentes y socioculturales requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas. Esta idea es correcta, porque la característica fundamental de diferenciación considerada (esto es, ciertos atributos requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas) es susceptible de variación o gradación.

En síntesis, el criterio complejo de diferenciación propuesto (grado de desarrollo de ciertos atributos relevantes-edad) puede ser utilizado para la decisión acerca de un trato diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes porque:

- (1.) Algunos de los atributos requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas tienen una intensidad variable, graduable u ordenada en etapas.
- (2.) Realmente existe una correlación entre ciertas edades y el grado o intensidad de los atributos requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas.

Ambas condiciones han sido verificadas empíricamente por disciplinas distintas del derecho como la psicología evolutiva, la neurociencia y por ciertos enfoques micro-sociológicos. De modo que, puede afirmarse lo siguiente:

Los jóvenes y los adultos usualmente se diferencian entre sí [en lo que acá resulta relevante] en el tanto que existe un vínculo o correlación entre la edad y el grado de intensidad o desarrollo de ciertos atributos psíquicos reales, y también porque

derecho penal juvenil de él. Esta respuesta dependerá de numerosos factores, -político criminales, por ejemplo-, pero también de la perspectiva epistemológica y metodológica que se asuma para la formulación de leyes y de los conceptos dogmático penales. En la perspectiva realista que acá se asume, se considera esencial considerar este tipo de fundamentos empíricos, para poder fijar cuando alguien *ha actuado culpablemente* y, sobre todo, para poder fijar si en ese *actuar culpablemente* (capacidad de culpabilidad+conciencia de injusto) existen diferencias entre adultos y jóvenes. El legislador debería considerar esta fundamentación, basada en el principio constitucional de igualdad, por un lado, para elegir el contenido de significado que se le asigna a los requisitos del concepto de igualdad prescrito para valorar las conductas ilícitas de los jóvenes y, por otro lado, para fijar las edades que limitan la responsabilidad penal y penal juvenil.

difieren en ciertos atributos socioculturales, necesarios para comprender las normas penales y para actuar conforme a esa comprensión.

De esta manera, se puede formular una regla concreta para decidir el trato diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes. Esta regla indica:

Para comprender las normas penales y actuar conforme a ellas se requiere, tanto que a cierta edad X se haya alcanzado una intensidad o grado f de desarrollo de algunos de los atributos psíquicos E1, E2, E3, requeridos al efecto, como también que se posean ciertos atributos socioculturales. Dado que los adultos y los jóvenes usualmente difieren en el grado o intensidad de desarrollo de tales atributos, deberían ser tratados de manera diferenciada en cuanto a su responsabilidad penal.

Entonces, ya se puede responder, una las preguntas formuladas al inicio. Efectivamente, mediante el principio de igualdad y, en particular, mediante la fórmula concreta de igualdad propuesta, es posible justificar la formulación de un concepto penal juvenil específico de culpabilidad. El principio de igualdad se expresa acá en una fórmula concreta de igualdad, mediante la cual se establecerá un tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes y de los adultos con base en el contenido, grado de intensidad o forma de desarrollo de ciertos atributos internos y socioculturales requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas (característica material fundamental de diferenciación).

En consecuencia, dado que entre adultos y jóvenes existen diferencias en los atributos materiales referidos, de conformidad con el principio constitucional de igualdad, se justifica la formulación de un concepto de culpabilidad que permita fijar y valorar aquellos atributos, así como el grado de desarrollo o intensidad de los mismos. Un concepto de culpabilidad, previsto para valorar las conductas ilícitas de los jóvenes, se adecuará al principio constitucional de igualdad solamente si permite la fijación y valoración del particular grado de desarrollo que usualmente tienen los jóvenes de aquellos atributos requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas.

En otras palabras, es posible afirmar que el principio de igualdad también debe tener alguna vigencia en relación al contenido de los componentes del concepto de culpabilidad penal juvenil o, lo que es lo mismo, también debe tener una “traducción” en dicho nivel teórico-analítico⁵⁰. Este criterio concreto o material de dife-

⁵⁰ En el caso del concepto dogmático-penal de culpabilidad, esto se puede lograr, precisamente, “nombrando” el criterio o característica de diferenciación (en este caso los atributos reales requeridos para comprender a las normas penales y actuar conforme a ellas descritos por ciertas teorías de base empírica) como componentes formales de dicho concepto. Pero ¿Cómo integrar esas características de diferenciación en un concepto dogmático-penal? Esto se puede lograr mediante la utilización de una estructura de dos niveles. El concepto de culpabilidad penal juvenil

renciación también permite juzgar si los conceptos de culpabilidad, prescritos en la actualidad para valorar las conductas ilícitas de los jóvenes, se adecuan o no al principio constitucional de igualdad y, en su defecto, permite justificar la necesidad de formular un concepto específico de culpabilidad penal juvenil que se adecue a dicho principio.

4.1. Una solución para el caso de los jóvenes menores de 18 años cuyos atributos psíquicos son iguales a los de los adultos

La fórmula compleja propuesta permite formular una solución razonable para el caso de los jóvenes que aún no han alcanzado la mayoría penal y han cometido un ilícito penal, pero cuyos otros atributos personales relevantes son iguales a los de los adultos. Mediante la regla de igualdad planteada se puede considerar una edad en particular como límite para fijar distintas formas de la responsabilidad penal (de adultos/ jóvenes), pero también se puede considerar el grado de intensidad o desarrollo de aquellos otros atributos reales a que se ha hecho referencia, para fijar el grado en que se puede actuar culpablemente, es decir, se podrían considerar el grado de desarrollo de esos otros atributos reales como requisito del concepto de capacidad de culpabilidad y del concepto de conocimiento de injusto y error de prohibición.

Como se ha visto la fijación de una determinada edad, como límite (y criterio) para distinguir distintas formas de responsabilidad penal, puede tener una justificación ulterior en el tanto que esa edad límite se vincule con distintos grados, intensidades o estadios de desarrollo de aquellos atributos requeridos para actuar culpablemente. Una vez seleccionadas y justificadas esas edades específicas mediante dicho criterio, su uso permitiría fijar límites claros, tanto entre un sistema de responsabilidad penal juvenil y un sistema de responsabilidad penal de adultos, como también entre distintos grados de responsabilidad penal juvenil pero, además, respecto de la falta total de responsabilidad penal.

Sin embargo, a pesar de la existencia de aquellos límites de carácter general, basados en el grado de desarrollo que, usualmente y a ciertas edades, se tiene de ciertos atributos relevantes, uno podría representarse, como efectivamente sucede en la praxis, que algunos jóvenes en particular tengan un grado de desarrollo de aquellos atributos similar al que tiene un adulto⁵¹, así como también puede suceder que

debe tener dos niveles. El primero, con un contenido empírico. El segundo con un contenido normativo valorativo.

⁵¹ Se pretende que el concepto penal juvenil de culpabilidad sea un medio para considerar de mejor manera los atributos individuales de los sujetos jóvenes y para lograr una reducción de la generalización en la fijación y valoración de su culpabilidad. Se tiene en claro, sin embargo, que esta individualización nunca puede darse por completo, ya que habría que aplicar un concepto de culpabilidad para cada sujeto y sus particularidades individuales. Un concepto de culpabilidad

algunos jóvenes tengan un grado de desarrollo inferior al del promedio de los jóvenes de su edad respecto de aquellos atributos. En estos casos la regla de diferenciación planteada puede funcionar de la siguiente manera:

- (1.) Ante supuestos individuales en que existe un desarrollo mayor al usual de aquellos atributos reales requeridos para comprender y actuar conforme a las normas penales, la edad, o los límites de edad funcionan como una barrera normativa infranqueable, para evitar que un joven sea juzgado y sea declarado penalmente responsable, como un adulto. Dicho más claramente, si un joven, por ejemplo de 14 años de edad, tuviera un desarrollo de los atributos reales requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas superior al que usualmente se espera a esa edad, y similar al de los adultos, por lo tanto, en consideración del “dato duro” de la edad, este joven nunca debería ser juzgado o declarado penalmente responsable como adulto⁵².

penal juvenil absolutamente individualizado sería un absurdo, pues siempre se pretende para este concepto algún nivel de generalización. Se busca que sirva para valorar las conductas ilícitas de distintas personas. Ahora bien, es diferente que esta generalización, -absolutamente necesaria-, del concepto de culpabilidad prescrito para los jóvenes, parta de criterios exclusivamente apriorísticos, abstractos, hipotético-normativos, metafísicos o adultocéntricos, a que parta de algún dato real respecto de los jóvenes. Sobre la imposibilidad de formular normas absolutamente individualizadas y la pretensión de generalización del ordenamiento jurídico, véase Haba Müller, 32-33; Radbruch, G. *Rechtsphilosophie*, Heidelberg, C.F. Müller, 2003, S.38 ff.

⁵² Esta solución, basada en la característica material de diferenciación ofrecida, también puede *complementarse* mediante otros criterios. Así, por ejemplo: (1.) Mediante una justificación político-normativa. Puede alegarse, como sugieren Bustos Ramírez y Günther, que el grado de participación, de un joven de esa edad (14 años), en la toma de las decisiones políticas requeridas para la selección y definición de los ilícitos penales es inexistente, si se le compara con la de los adultos. Por lo tanto su responsabilidad penal no debe ser igual a la de estos sujetos. (2.) Mediante una justificación criminológica y político criminal. El juzgamiento de un joven bajo los parámetros procesales y materiales del sistema de responsabilidad penal de adultos, puede tener efectos altamente perniciosos, puede provocar procesos de estigmatización y su incursión permanente en una carrera criminal, en vez de reducir tales posibilidades. Un joven no debe ser juzgado, ni declarado penalmente responsable como adulto ya que con un sistema de responsabilidad penal juvenil independiente se pretende, como objetivo esencial, la reducción de los efectos negativos de estigmatización causados por el sistema penal de adultos. Este objetivo mantiene una relación inseparable con la intención de que el proceso y el derecho material penal juvenil promuevan la integración del joven en la sociedad. Así se infiere, también, de la normativa de derecho internacional aplicable. Véase al efecto, Directrices de Riad, regla 56; Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 40.2. Vii; Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, o Reglas de Beijing, reglas 8.1 y 8.2. Estos mismos criterios, teórico-empíricos, materiales y político criminales, permiten justificar la existencia y fijación legal de un estadio de transición entre la responsabilidad penal de menores y la de adultos como el que existe en Alemania para el caso de los *Heranwachsende*, es decir, personas de entre 18 y 21 años.

(2.) En el caso de individuos jóvenes cuyos atributos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas tuvieran un desarrollo inferior al que usualmente se espera a una edad determinada, aquellos atributos *siempre* deberían tomarse en cuenta mediante el concepto de culpabilidad. Este concepto debería permitir la fijación y valoración del contenido, grado, intensidad o estadio de desarrollo de los atributos referidos, con el fin de establecer el grado de culpabilidad, su reducción, e incluso, dado un desarrollo tan insuficiente de aquellos atributos, para excluir toda culpabilidad, y finalmente, toda responsabilidad penal.

El límite entre distintos sistemas de responsabilidad penal, de adultos y de jóvenes, permanece, de este modo, claramente fijado mediante edades específicas. Pero eso no es obstáculo para que, en el proceso de determinación de si un joven ha actuado culpablemente, se considere el grado, intensidad o estadio de desarrollo de ciertos atributos reales requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a esa comprensión. En el plano individual, o sea, respecto de sujetos concretos, este último tipo de consideración sería posible mediante el uso del concepto de culpabilidad. Pero, como se ha dicho, para poder fijar y valorar la característica de diferenciación acá propuesta se requiere un concepto de culpabilidad que así lo permita, esto es, un concepto adecuadamente estructurado, en que el contenido de significado de sus componentes y categorías de análisis permita este trato diferenciado de sujetos que según otros criterios (por ejemplo, tipo penal cometido, ausencia de justificación en la comisión de un ilícito, gravedad del hecho) serían tratados de la misma manera.

5. La adecuación de un concepto de culpabilidad penal juvenil al principio constitucional de igualdad

Tanto en el derecho penal juvenil costarricense, como en el derecho penal juvenil alemán rige el principio de culpabilidad, y se debe aplicar un concepto dogmático penal de culpabilidad para determinar si un joven ha actuado culpablemente en la comisión de un ilícito penal. Como se ha visto, el principio de culpabilidad señala que solo quien ha actuado culpablemente puede ser sancionado o declarado como penalmente responsable, pero no fija el criterio o la característica que se debe considerar para establecer cuándo alguien ha actuado culpablemente. Existen distintos conceptos de culpabilidad, que comparten el punto de partida de que nadie debe ser responsable penalmente si no ha actuado culpablemente, pero divergen en cuanto al criterio, característica, o atributo propuesto para establecer cuándo se ha actuado culpablemente. Gran parte de la discusión dogmático-penal alemana, respecto del tema de la culpabilidad, se emplea, precisamente, en ofrecer distintos criterios, o sea, distintos requisitos concretos, para establecer cuándo alguien ha actuado culpablemente.

Quiere decir entonces que, aún si se parte de la vigencia formal del principio de culpabilidad en el derecho penal juvenil e incluso si se acepta que existe un acuerdo generalizado en cuanto a los componentes analíticos del concepto de culpabilidad (capacidad de culpabilidad + conocimiento de injusto/error de prohibición) habrán de aplicarse para analizar las conductas ilícitas de los jóvenes, no se puede inferir de ello un contenido de significado uniforme para tales componentes analíticos, o lo que es lo mismo, no se puede afirmar que ciertas características sean aceptadas uniformemente como requisitos para determinar cuándo se ha actuado culpablemente⁵³.

Según considero, el concepto de culpabilidad, prescrito para valorar las conductas ilícitas de los jóvenes, debe adecuarse al principio jurídico-constitucional de igualdad. Para evaluar un concepto de culpabilidad desde tal principio no basta simplemente con emplear un concepto formal de igualdad. Se debe formular y utilizar con ese fin un criterio o característica de diferenciación material. Como se ha visto, para elegir tal característica de diferenciación parto de un criterio valorativo fundamental: una idea individual-personal, real-material, de culpabilidad⁵⁴. Es por eso que se ha

⁵³ Los diversos conceptos concretos de culpabilidad, existentes en las diversas legislaciones y propuestas dogmático-penales, también pueden llevar a soluciones antinómicas, completamente divergentes en cuanto a la determinación de si un joven ha actuado culpablemente. Uno podría destacar esas divergencias si se analizan las distintas propuestas de significado que existen en la dogmática penal, o en las diversas legislaciones, para cada uno de los componentes analíticos del concepto de culpabilidad. Este tipo de análisis comparativo, acerca del detalle de las divergencias de las distintas propuestas dogmático-penales para el concepto de culpabilidad, no me interesa. Dicho análisis ha sido desarrollado con toda rigurosidad en diversas obras de la literatura especializada. Me limito a remitir acá a los siguientes trabajos de fundamental consulta. Achenbach, H. Historische und dogmatische (...) Ebd; Jescheck, H.H. Wandlungen des Strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich, In: Juristische Blätter, 1998, 609 ff.; Schünemann, B. Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 147 ff.; ders. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld, in: Dölling, D. (Hrsgb). Jus Humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift Für Ernst Joachim Lampe zum 70. Geburtstag. Berlin, Duncker & Humblot, 2003, 537-559; Roxin, op.cit... 847-960; Neumann, U. Die Schuldlehre des BGH - Grundlagen, Schuldfähigkeit, Verbotsirrtum-, BGH-FS, 2000, 83.

⁵⁴ En la tradición dogmático-penal alemana, por el contrario, se ha privilegiado un concepto social, general, abstracto o abiertamente metafísico de culpabilidad. Se parte de que la posibilidad de comportarse de otra manera (Andershandelnkönnen) no puede demostrarse para un sujeto concreto. Por esta razón se recurre a un modelo ideal, adultocéntrico, de sujeto, con el fin de determinar tanto la capacidad de culpabilidad como la evitabilidad o inevitabilidad de un error de prohibición. Se presume una normalidad generalizada de quien comete un ilícito penal. Si un ciudadano promedio, un profano, hubiera podido comprender el ilícito penal y por ello, hubiera podido actuar de otra manera, entonces se infiere que el sujeto que ha cometido un ilícito penal también podría haberlo hecho. Sobre el concepto social de culpabilidad: Jescheck, HH./ Weigend T., *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage Berlin 1996, §39; muy crítico frente a este concepto: Schünemann, B. Zum gegenwärtigen... ebd, 544 ff.

elegido como criterio de diferenciación aquellos atributos reales requeridos para acceder o comprender las normas penales y para integrarlas o considerarlas en la toma de decisiones. De este modo, se puede evaluar el grado en que el concepto de culpabilidad prescrito en una legislación determinada permite la fijación y valoración de las particularidades o las diferencias que puedan existir entre los jóvenes y los adultos respecto de dichos atributos reales.

La previsión dogmática o legal de un concepto de culpabilidad para valorar las conductas ilícitas de los jóvenes, no garantiza que dicho concepto permita fijar y valorar tales diferencias o particularidades materiales, relevantes para la imputación subjetiva de un injusto penal. Todo dependerá, finalmente, del contenido de significado que se asigne a los componentes de ese concepto⁵⁵. La posibilidad de realizar un tratamiento diferenciado de la culpabilidad de los jóvenes dependerá tanto de que en el concepto penal juvenil de culpabilidad existan los componentes analíticos necesarios para ello, como también de que el contenido de significado que se les asigne a esos componentes así lo permita.

El principal reparo que se puede formular frente a los conceptos de culpabilidad prescritos para el derecho penal juvenil en Costa Rica y en Alemania es, precisamente, que con ellos, en mayor o menor grado, ya no se enjuicia la conexión en que se encuentra la acción ilícita con el sujeto joven concreto que la realiza, sino con un parámetro o modelo ideal o abstracto, adultocéntrico, de sujeto. Según sostengo, esto conlleva una vulneración del principio de igualdad, de conformidad con el cual el concepto de culpabilidad debe permitir que lo desigual sea tratado como desigual, si se consideran los atributos reales requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas.

El concepto de culpabilidad para juzgar las conductas ilícitas de los jóvenes no debería basarse exclusivamente en criterios generales, adultocéntricos, abstractos, o hipotético-normativos. Por el contrario, dicho concepto debería servir para determinar las relaciones eminentemente personales entre un autor joven, de carne y hueso, y una acción ilícita. Cada uno de los elementos del concepto de culpabilidad (la capacidad de culpabilidad, el conocimiento de injusto/ error de prohibición) penal juvenil debería permitir este juicio individualizador.

⁵⁵ Así por ejemplo, el uso del concepto general de capacidad de culpabilidad, con un contenido de significado exclusivamente psiquiátrico-patológico, solo permite considerar enfermedades mentales o graves trastornos de la conciencia, para decidir acerca de la [in]capacidad de culpabilidad de los jóvenes acusados de la comisión de un ilícito penal, pero no permite distinguir otros factores que podrían ser relevantes al efecto. Esto sucede en el caso de Costa Rica.

Conclusión

La prescripción del principio de culpabilidad, en incluso de un concepto de culpabilidad, para un sistema de justicia penal juvenil especializado, no garantiza la vigencia del principio de igualdad, en su acepción de trato desigual de lo diferente. Cierta contenido de significado (adultocéntrico, hipotético normativo, metafísico) asignado al concepto de culpabilidad posibilita el ocultamiento o la desvalorización de algunas particularidades de los jóvenes, relevantes para su capacidad de culpabilidad y su conocimiento/error de injusto. Conceptos formulados de tal manera pueden ser calificados como discursos discriminatorios del poder. Mediante el principio de igualdad, entendido en la acepción material propuesta, o sea, informado por un criterio o característica material de diferenciación, se cuenta con un fundamento jurídico-constitucional para la formulación de un concepto específico de culpabilidad penal juvenil.

El concepto de culpabilidad prescrito para juzgar a los jóvenes que han cometido un ilícito penal se adecuará al principio mencionado solamente si permite fijar y valorar las diferencias y particularidades de estos sujetos respecto de ciertos atributos reales requeridos para comprender las normas penales y para incorporarlas en las propias acciones. Tal concepto debería posibilitar un mayor grado de respeto de la autonomía y de la libertad individual de los jóvenes que el que permite un concepto general de culpabilidad penal. El principio de igualdad, entendido en el sentido material antes expuesto, debería orientar la elección y fijación que hace el legislador, por un lado, acerca de los límites de edad entre la responsabilidad penal juvenil y la responsabilidad penal de adultos, y por otro lado, ese principio también debería orientar la decisión acerca del contenido de significado, de los requisitos o factores relevantes, que se deben exigir para determinar la capacidad de culpabilidad y el conocimiento/error de injusto de los jóvenes.

El tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes y, consecuentemente, la formulación de un concepto específico de culpabilidad penal juvenil, diferente al de adultos, se justifica por los dos siguientes motivos esenciales:

- (1.) Entre adultos y jóvenes existen diferencias reales, empíricamente constatables, en ciertos atributos o circunstancias relevantes, tanto para la capacidad de culpabilidad, como para la conciencia de injusto y el error de prohibición (Criterio material o de igualdad/desigualdad fáctica).
- (2.) El tratamiento legal diferenciado de la responsabilidad y la culpabilidad penal juvenil es proporcional (Criterio valorativo, acerca de la proporcionalidad del

tratamiento diferenciado) o sea, es idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto⁵⁶.

Si se presta atención a la acepción material del principio de igualdad emerge un fundamento jurídico-constitucional útil, tanto para la crítica del concepto de culpabilidad vigente en la actualidad en el derecho penal juvenil costarricense, como también para la fundamentación de un concepto penal juvenil de culpabilidad con un contenido y requisitos específicos, distintos de los que tiene el concepto existente en el derecho penal general, de adultos. Deberá formularse un concepto específico de culpabilidad penal juvenil en el tanto que el concepto vigente en la legislación posibilite una forma de discriminación de los jóvenes. Esto es lo que sucede, precisamente, en el caso de Costa Rica. El concepto de culpabilidad penal juvenil también debería adecuarse al principio jurídico-constitucional de igualdad. Esto solo se logrará si ese concepto permite un trato diferenciado de aquello que en los jóvenes es particular, heterogéneo, no idéntico, en relación a los atributos relevantes a que se ha hecho referencia.

⁵⁶ El objetivo que se pretende alcanzar con un tratamiento diferenciado de la culpabilidad penal juvenil, es una mejor consideración de aquellas particularidades de los jóvenes respecto de ciertos atributos reales requeridos para comprender, o sea, para acceder a las normas penales y para poder incorporar esas normas en las decisiones de acción. El medio *idóneo* para alcanzar ese objetivo es un concepto de culpabilidad cuyos componentes analíticos (capacidad de culpabilidad + conocimiento de injusto/error de prohibición) permitan fijar y valorar dichas particularidades, y reducir el grado de generalización respecto de los atributos mencionados. Este concepto es idóneo para que la norma según la cual "lo desigual ha de ser tratado de manera diferente" pueda tener alguna vigencia en el derecho penal juvenil material y, en particular, en la determinación y valoración de si un joven ha actuado culpablemente. Un tratamiento (legal y conceptual) diferenciado de la culpabilidad penal juvenil, es *necesario* en el tanto que los *componentes formales* que tiene el concepto de culpabilidad prescrito legalmente en la actualidad o *el significado* que se les asigna en un ordenamiento jurídico determinado no permiten la fijación y la valoración de ciertas diferencias fácticas, de ciertas particularidades específicas de los jóvenes respecto de ciertos atributos relevantes para *poder comprender o acceder a las normas jurídico-penales y para incorporarlas en la toma de las decisiones de acción*. Finalmente, también se justifica un tratamiento conceptual diferenciado de la culpabilidad de los jóvenes desde un análisis de proporcionalidad en sentido estricto. La ponderación de proporcionalidad en sentido estricto siempre depende de la "designación" de un valor o principio jurídico prevalente. La decisión debe tomarse de acuerdo con los principios que, históricamente, se asocian a un Estado Democrático de Derecho. Según considero, si no se realiza un tratamiento legal diferenciado de la culpabilidad penal juvenil ello implicaría el sacrificio de los principios de igualdad y de culpabilidad, -esenciales de un derecho penal liberal propio de un Estado Democrático de Derecho-, en función de otros principios como el pensamiento educativo, de consideraciones "caritativas" acerca del ordenamiento jurídico penal juvenil o, finalmente, significaría determinar la culpabilidad de los jóvenes como si fueran adultos, por razones de seguridad o alarma social. Sobre el análisis de proporcionalidad de un tratamiento legal diferenciado, véase Alexy, op. cit., S. 370- 383; Interpreto en *contrarii sensu* lo dicho por Alexy, op. cit., Nota al pie 91. p. 390-391.

Bibliografía

- Achenbach, Hans. Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Berlin, Schweitzer Verlag, 1974.
- Alexy, R. Theorie der Grundrechte, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1994.
- Ariès, P. Geschichte der Kindheit, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2007.
- Aristoteles. Die Nikomachische Ethik, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2006.
- Aristoteles, Politik, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2003.
- Bobbio, N. Eguaglianza e libertà, Torino, editori Einaudi, 1995. Existe versión en español, Igualdad y libertad, Barcelona, Paidós, 1993.
- Bustos Ramírez, J. Imputabilidad y edad penal. http://www.iin.oea.org/imputabilidad_y_edad_penal.pdf.
- Bustos Ramírez, J. Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal, Bogotá, Editorial Temis, 1ª edición, 1982.
- Eisenberg, U. Jugendgerichtgesetz: Kommentar, München, 12. Auflage, 2007.
- Gaylin, W. et al. Doing Good. The Limits of Benevolence. New York. 1978.
- Gerken, J./Schumann, K. Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat. Der Erziehungsgedanke in der Jugendgerichtspraxis, in: Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat, Centaurus Verlagsgesellschaft, 1988.
- Gerken, J./Berlitz, C. Saktionseskulation. Zum fatalen Zusammenspiel von Erziehungsideologie und Registerrecht, in: Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat, Centaurus Verlagsgesellschaft, 1988 .
- Günther, K. Schuld und Kommunikative Freiheit, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann Verlag, 2005.
- Günther, K. Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts, in: Jenseits des staatlichen Strafrechts, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 2007.
- Haba Müller, P. Axiología Jurídica Fundamental. San José, Editorial UCR, edición corregida y ampliada, 2007.
- Jescheck/Weigend. Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. Berlin, Dunckler & Humblot, 5. Auflage, 1996.
- Jescheck, H.H. Wandlungen des Strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich, In: Juristische Blätter, 1998, 609 ff.
- Kusch, R. Plädoyer für die Abschaffung der Jugendstrafe, NStZ, Heft 2, 2006, 65ff.

- Läckner/Kühl. Strafgesetzbuch Kommentar, München, C.H. Beck Verlag, 26. Auflage.
- Martin Cubas, Joaquín. El Concepto de Igualdad en una Democracia Avanzada; in: Revista Española de Derecho Constitucional, Heft 53, 1998, 155-188.
- Meier/Rössner/Schöch, Jugendstrafrecht, München, 2.Aufl., 2007.
- Neumann, U. Die Schuldlehre des BGH - Grundlagen, Schuldfähigkeit, Verbotsirrtum-, BGH-FS, 2000, 83.
- Ostendorf, H. Jugendstrafrecht, Baden-Baden, 4. Auflage, 2007.
- Perelman, Ch. Eine Studie Über die Gerechtigkeit, in: Über die Gerechtigkeit, München, C.H. Beck Verlag, 1967. Existe versión en español. Del mismo autor, De la Justicia, México D.F, UNAM, 1964.
- Platt, Anthony M. The Child Savers: The Invention of Delinquency, University of Chicago Press, 1969.
- Roxin, C. Strafrecht AT. Band I, München, C.H. Beck Verlag, 4. Auflage, 2006
- Radbruch, G. Rechtsphilosophie, Heidelberg, C.F. Müller, 2003.
- Recasens Sichez, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho, Mexico D.F., editorial Porrúa, 1986.
- Schönke-Schröder. Strafgesetzbuch Kommentar, München, C.H. Beck Verlag, 27. Auflage, 2006.
- Schünemann, B. Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989.
- Schünemann, B. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld, in: Dölling, D. (Hrsgb). Jus Humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift Für Ernst Joachim Lampe zum 70. Geburtstag. Berlin, Duncker & Humblot, 2003.
- Streng, F. Jugendstrafrecht, Heidelberg, UTB; 2007.
- Torío López, A. El Concepto Individual de Culpabilidad, en: Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, volumen 38, fascículo II, mayo-agosto, 1985.
- Wessels-Beulke. Strafrecht Allgemeiner Teil. C.F. Müller Verlag, 38. Auflage, 2008

III. Los jóvenes en el Derecho penal*

Winfried Hassemer

Los medios de comunicación narran con frecuencia casos que describen el fracaso del derecho penal (juvenil). La incapacidad para transmitir el enfoque del derecho penal juvenil desencadena ataques a garantías consolidadas en el derecho penal (por ejemplo, la protección de datos, la exigencia de causalidad, el principio de culpabilidad), a los que se hace responsables en sí mismos del fracaso del derecho penal. No se puede hacer una política criminal duradera en contra del sentido normativo de la sociedad. Sin embargo, esto no significa que estos posicionamientos se deban trasladar sin condiciones a la práctica legal y judicial.

El presente artículo esboza como respuesta los fundamentos de un buen derecho penal juvenil, encontrándolos sobre todo en el principio educativo, en la diferenciación y en el concepto de formalización. La diferenciación es inmanente al derecho penal juvenil, que nació distinguiéndose por un lado del derecho penal general y por el otro, del estatuto jurídico del niño. Aunque el establecimiento de límites concretos entre ellos es discutible, no pueden ser suprimidos en tanto límites sin abolir al mismo tiempo el derecho penal juvenil. En contra del principio educativo se aducen críticas – autorizadas –. Sin embargo es necesario. Transforma el mandato constitucional de resocialización referido a los jóvenes que se encuentran todavía en proceso de maduración, derivado de los principios de dignidad humana y del estado social, y proporciona a las consecuencias jurídicas del derecho penal juvenil un objetivo en lo que se refiere al contenido. Es cierto que es tarea del derecho penal juvenil, en calidad de derecho penal, dar una respuesta sancionadora a las violaciones de la norma, pero el principio educativo es necesario para valorar adecuadamente la limitada responsabilidad penal de los menores. Por último, un derecho penal juvenil que atiende a la individualidad y se orienta hacia el principio educativo, permanece en una específica relación de tensión con el concepto

* Conferencia de apertura para el 26° Congreso Alemán de Tribunales Juveniles. Publicado originalmente en ZJJ 4/2004. Traducción *ad honorem* a cargo de Beatriz Cruz Márquez. Agradecemos al profesor Hassemer su autorización para traducir y publicar este trabajo.

de la formalización. La formalización del derecho penal es el gran logro civilizador de la Ilustración: otorga uniformidad y justicia, transparencia y adhesión a los principios. Ya que el derecho penal juvenil es derecho penal, está sujeto sin limitaciones a la proporcionalidad de sus consecuencias jurídicas.

I. Punto de partida

1. Un caso normal

A principios del verano de 2004, un diario de Frankfurt¹ reportaba lo siguiente bajo el titular “Menor de doce años se jacta de 300 hurtos”: “La campaña de la policía en Darmstadt contra engaños y hurtos ha tenido éxito. En la tarde del martes, funcionarios de la policía, encubiertos, fueron testigos de un hurto en la un gran almacén de la plaza Ludwig y detuvieron a la ladrona de doce años... y a una mujer de Europa del Este de 42 años de edad, que quería esconder una cartera robada previamente. Según la policía, la menor se habría jactado de haber cometido ya más de 300 hurtos. La policía ya la conocía bajo 31 nombres diferentes y en 159 casos similares. La mujer, que reside en Dietzenbach, ya estaba registrada por 29 robos. La policía conocía también a un chico de doce años que participó en la acción, por haber realizado delitos similares.

Según las pesquisas de los funcionarios, a los niños menores de edad se les forma como carteristas y se les coloca principalmente en zonas peatonales, autobuses y tranvías. Aquí no se trata sólo de hurto, sino de criminalidad organizada. Los tres detenidos fueron puestos de nuevo en libertad tras el interrogatorio por falta de motivos para la detención.”

Un día después, otro diario de Frankfurt, sin ninguna referencia a este caso, planteó en su sección local una discusión acerca de la reducción del límite de responsabilidad penal de los catorce a los doce años,² tal como había requerido dos días antes el presidente de la policía de Frankfurt. Las posiciones son conocidas: por un lado, una “sobrerreacción histérica” a la creciente población de menores de edad sospechosos de haber cometido un delito, por el otro indignación frente a niños de 13 años sonríen a la policía y dicen “¡chúpate esa!, vosotros no me podéis castigar”. Y el mismo periódico³ informó otra vez un día después sobre la final regional de Hesse de “Jóvenes a debate”, celebrada en el estudio de la radio de Hesse, donde se discutía en torno a la pregunta: “¿Se debe reducir a los doce años la edad de

¹ Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) del 22.04.2004.

² Frankfurter Rundschau (FR) del 23.04.2004.

³ FR del 24/04/2004.

responsabilidad penal?"; por cierto, de los cuatro finalistas del foro de debate, tres estaban a favor y uno en contra.

Se trata por tanto de la rutina diaria para la policía y la prensa y también para las personas que siguen los medios de comunicación – sin embargo, esta no es la cotidianidad de los tribunales penales juveniles y de otros expertos del derecho penal juvenil. Tampoco en este Congreso de Tribunales Penales Juveniles aparece expresamente este tipo de día a día. Pero estoy seguro de que acompañará, conducirá o incluso incitará debates en muchos grupos de trabajo, al menos eso espero. Ya que permite, como bajo una lupa, echar una mirada a las problemáticas relaciones, más bien distorsionadas, entre los jóvenes y el derecho penal en nuestros días.

Precisamente porque este tipo de informes y debates son tan reiterativos, uno ya no quiere escucharlos más; precisamente porque un "Mehmet", o como quiera que se llame a los "delincuentes intensivos" infantiles, aparece de la nada en los diarios una y otra vez, atormenta las mentes, mete prisa a las emociones y con ello también a las instituciones; precisamente porque consigue sin esfuerzo que los medios enganchen y emocionen en este ámbito a lectores, oyentes y televidentes: precisamente por eso, la persona que, con independencia del puesto, se ocupe de la relación entre el joven y el derecho penal, debe fijarse bien en lo que está pasando aquí. En mi opinión están pasando cosas terribles; si no es posible cambiarlas sustancialmente y, de forma duradera, no será posible preservar los rasgos humanitarios y propios del estado de derecho que distinguen todavía a nuestro derecho penal juvenil en la teoría y también en la práctica.

2. Cinco suposiciones

Señalaré brevemente las cinco suposiciones en que baso mi juicio. Las llamo por cautela "suposiciones", porque no las puedo demostrar todas more geométrico; son el resultado de mis percepciones o incluso sólo convicciones, son figuras conceptuales muy frágiles⁴.

El hecho de que estas suposiciones no quieran (y no puedan) eliminar otras percepciones y creencias, no es razón suficiente para no basarse en ellos o para ocultarlos completamente; porque tienen efectos determinantes, sin importar si pueden ser completamente probados o no. Acompañan y constituyen nuestra vida cotidiana; decidiendo al final sobre la realidad de la ayuda a la infancia, a la juventud y del derecho penal juvenil. Nos basamos de forma permanente – y precisamente en las cuestiones más importantes para las personas, la sociedad y el Estado – en este tipo de suposiciones. Las decisiones tomadas en condiciones de incertidumbre son el pan nuestro de cada día. Quien espera a tener seguridad como fundamento de

⁴ Véase también la interpretación de Walter, 2003.

sus decisiones espera hasta el día de Nuncajamás⁵. Quien quiera orientar los procesos de desarrollo o influir sobre ellos de forma temprana, debe abrir los ojos y la boca antes de que todo esté en los libros en negro sobre blanco.

Quien no comparta mis suposiciones, llegará obviamente a conclusiones distintas; quien sí lo haga, en cambio tendrá que confrontar las consecuencias que de ellas se desprenden.

- (1) Los jóvenes llamativos o desviados se encuentran en la actualidad bajo una intensa observación pública, tanto por parte de la política como de la sociedad. La extrañeza amenazante de los jóvenes, la violencia entre ellos y cometida por ellos, forman parte de las constelaciones, que condicionan nuestra sociedad del riesgo⁶ y, con ello, nuestros temerosos corazones; a ellos atendemos siempre que aparecen.
- (2) Esta observación de que hay jóvenes que llaman la atención tiene una dirección y un propósito, no es analítica ni neutral, sino sintética y política. Quiere endurecer los controles y las sanciones y quiere percepción de seguridad. Los polos opuestos de la reducción de los controles, la libertad y la despenalización como indicadores del camino a seguir están fuera de todo debate. Sólo son incluidos en la discusión de forma defensiva por parte de los defensores de las políticas tradicionales en materia de juventud, derecho juvenil y derecho penal juvenil; fuera de los círculos de expertos, son posiciones de retirada.
- (3) En una democracia parlamentaria el pueblo decide también, a través de sus representantes electos, respecto de la situación y las modificaciones del derecho juvenil y del derecho penal juvenil. Tanto el pueblo como los parlamentarios deciden acerca de las imágenes, esperanzas, informaciones, expectativas o miedos, que pueden estar tanto personalmente fundamentados, como, en un mundo socializado, ser transmitidos de forma colectiva; son cambiantes y dependientes de factores a su vez cambiantes, pueden ser manipulados⁷.
- (4) Entre los factores que determinan las decisiones sobre el derecho juvenil y el derecho penal juvenil se encuentran ahora más que nunca las suposiciones acerca de los peligros que generan los jóvenes y de las posibilidades de dominar o evitar esos peligros. Estas suposiciones no son un reflejo fiel de los peligros reales o de su control "real"; son más bien las que los generan. Dicho más directamente: no es el riesgo de que se cometan delitos lo que mueve la política

⁵ Esto lo he desarrollado con más en detalle en *Religiöse Toleranz*, 2004b, pp. 20 ss.

⁶ Para el concepto de sociedad del riesgo y su relación con la política interna y el derecho penal existe una extensa literatura, vid. habilitaciones de HERZOG, 1991, y PRITWITZ, 1993, también DAMM, 1993; BECK, 2003.

⁷ Profundiza al respecto Naucke, 1999, pp 225 ss.

relativa al derecho penal juvenil, sino el miedo al delito; el miedo al delito es el motor político criminal.

- (5) Que las suposiciones personales y colectivas sobre los jóvenes infractores, sobre los peligros que de ellos se derivan y sobre las posibilidades de mantener tales peligros bajo control sean de vital importancia para la política criminal del derecho penal juvenil, se deriva no sólo del concepto de democracia parlamentaria sino también de las peculiaridades del derecho penal. El derecho penal juvenil, como todo derecho penal por lo demás, se construye en gran medida comunicativamente, está apoyado e instruido sobre representaciones, suposiciones y sentimientos: no sólo debido al concepto de resocialización, que sin comunicación no podría ser siquiera pensada, sino debido a la tarea del derecho penal actual, consistente en mantener la confianza en la norma por parte de la población. También el derecho penal juvenil debe explicarse, si quiere ser efectivo y sobrevivir, y la comprensión de lo que este derecho es y de lo que hace, no sólo debe ser cierto, sino también normativamente aceptable. Dicho llanamente: el derecho penal juvenil puede fracasar porque no es comprensible y no se puede transmitir; casos normales como el narrado anteriormente⁸ son una ayuda clara en el camino hacia el fracaso.

3. Peligros

Estas cinco suposiciones plantean preguntas acerca de la aguda puesta en peligro del derecho penal juvenil y su futuro previsible en este momento. Las preguntas enraízan en la convicción de que, para la existencia y desarrollo de cualquier ordenamiento jurídico, pero especialmente del derecho penal, la fuerza que los impulsa son las representaciones de las personas acerca de los peligros y las posibilidades de dominarlos y de que la política del derecho penal debe tener estas representaciones en cuenta y trabajar con ellas; ponen de manifiesto a su vez que esta convicción relativa al derecho penal rige con mayor intensidad en el derecho penal juvenil, nunca con menos. Seguramente en el derecho penal juvenil las decisiones legales y judiciales se transmiten a través de datos externos, a través de complejos programas supraindividuales, seguramente hay "objetividades" petrificadas como costes, competencias y carreras profesionales – pero esto no cambia nada del significado central de los factores personales, la percepción, la comunicación y el acuerdo social normativo⁹ en este ámbito¹⁰.

⁸ Vid. supra I.1.

⁹ Sobre este concepto y su importancia para la política criminal ya W. Hassemmer, 1973/1980, pp. 25 ss., pp. 151 ss., pp. 221 ss.

¹⁰ De manera similar, Pfeiffer, 2004.

a. Ataques a las garantías

Aunque sea correcto sólo a grandes rasgos, nuestro caso completamente normal¹¹ (expuesto al inicio) es extraordinariamente ilustrativo y al mismo tiempo muy alarmante. Me recuerda los cuentos de hadas, procedente de un lugar lejano, a pesar de que los medios de que los medios me lo cuentan una y otra vez, al igual que a usted, de esta o aquella forma: Un niño de doce años con 31 alias registrados y 159 detenciones por hurto, que, por si fuera poco, se vanagloria de sus habilidades y su carrera, es puesto en libertad por la policía, que clasifica los hechos como criminalidad organizada, después de la declaración por falta de pruebas. ¿Qué historia se nos narra efectivamente y con qué fin? ¿Existe aquí, aunque sea en el plano teórico, algún otro mensaje que no sea que el derecho penal juvenil se ha vuelto definitivamente loco? ¿Pueden tener los policías sobre los que el periódico informa, aunque sólo sea potencialmente, un punto de vista diferente, entonces se vería otra vez, al de hacia dónde conduce una consideración equivocada – en caso de que tengan una perspectiva, lo que no es seguro –. ¿Y pueden los votantes que leen el periódico, también sólo teóricamente, suponer que esto no es una pantomima y no debería ser inmediatamente aparcada?

Estoy convencido de que los periodistas, los policías y los lectores consideran, en efecto, que esto no es más que una pantomima; por eso aparece una y otra vez en el periódico y por eso es motivo de atención. Si se pregunta un poco más y se contrasta el caso con las cinco suposiciones anteriormente mencionadas¹², es inevitable la impresión de estar frente a un intento de dismantelar el derecho penal juvenil tradicional. Los modelos de este dismantelamiento son de sobra conocidos y han sido correctamente estudiados¹³. Conviene obviamente en demostrar, ante casos o constelaciones preocupantes, que:

- el derecho penal no sirve para nada o que al menos no es tan eficiente como fácilmente podría y necesariamente debería,

¹¹ Vid. supra I.1.

¹² Vid. supra I.2.

¹³ Por ejemplo ARZT, 1976, passim, especialmente pp. 38 ss., pp. 60 ss., pp. 132 ss.; en *Strafrecht dogmatik* (HASSEMER, 1974, pp. 80 y ss.) he señalado los intentos exitosos, de estigmatizar como contraproducente la estricta orientación tradicional de la regulación de la prisión preventiva al aseguramiento de un proceso justo, en la medida en que los casos de criminales en serie han convencido al público de que un derecho penal eficiente debe obligar a la prisión efectiva no sólo a garantizar el proceso sino también otros fines materiales del derecho penal, como la lucha contra el riesgo de reincidencia. Esto se plasmó en la Ley de Reforma del Código de Procedimiento Penal alemán (StPO) del 07.08.1972. Vid. también para tener una imagen global AK StPO, 1983, pp. 25 ss., pp. 32 ss.

- esta deficiencia causa dolorosos costos a las víctimas inocentes y la población en su conjunto y
- al respecto son responsables determinadas consideraciones, garantías o principios normativos.

Ése es el caso, también aquí.

Qué consideraciones y garantías pueden ser responsabilizadas de la por la ineficiencia del derecho penal, es algo que cambia de caso a caso y se debe determinar de nuevo cada vez; los casos tienen, sin embargo, un denominador común. Este denominador común es el convencimiento total de que las consideraciones y las garantías no son más que ataduras para un derecho intervencionista plenamente efectivo y obstáculos para su razonable aplicación. Y si la picota cae en el ámbito de la política partidista, parece aconsejable responsabilizar a determinados grupos o incluso a personas en particular por esta lamentada ineficiencia.

b. Ejemplos

Un par de ejemplos: Un buen candidato es la (ley de) protección de datos con su prohibición de reenviar informaciones sensibles desde punto de recogida a otro (principio de afectación)¹⁴, que se puede eludir recurriendo a la cautivadora pregunta de por qué el Estado debe ponerse artificialmente en una posición de ignorancia en situaciones en las que lo conveniente y apremiante sería una actuación informada y rápida. Candidato a la reducción de garantías puede ser también el derecho penal del hecho, con su mandato de hacer depender la aplicación de los instrumentos de persecución penal de un cambio externo y reconocible en el mundo objetivo; a este mandato de puede contraponer la máxima según la cual no se debería dejar, cuando sea posible, que el niño se caiga en la fuente antes de hacer algo para salvarle. Este puede ser el principio de culpabilidad con su indicación de que el sí y el cuánto de una pena también deben ser determinados según las circunstancias personales (y éstas previamente y *lege artis* investigadas y determinadas); a tal principio se le puede contraponer cuando sea necesario la experiencia de que las decisiones criminales tomadas colectivamente no se dejan separar limpiamente en porciones personales. Y así continúa con la causalidad como barrera para exigir responsabilidad penal por consecuencias, con la sospecha (de un hecho delictivo) como umbral para la incoación del sumario – todos ellos son candidatos a ser consideradas formalidades que el sentido común puede clasificar como mera retórica obstaculizante, como caballería de principios jurídicos y puede aprovechar todas las oportunidades para narrar “casos normales” que evidentemente quedan fuera de control como consecuencia de estas formalidades.

¹⁴ BVerfGE 65, 1 (p. 46, pp. 47 ss.; ya en la p. 45 se habla de la “finalidad”).

En el caso de nuestra pequeña ladrona, fue la mezcla explosiva de los límites de responsabilidad penal y los motivos para el arresto en cuanto condición de la prisión preventiva; ambas son garantías que sujetan la intervención penal a ciertos requisitos, la inhiben, si se quiere expresar así. Sin estas garantías para el Estado que interviene sería mucho más fácil encontrar remedio: si se bajara el límite de la edad penal a los doce años o se evaluara en el ordenamiento procesal penal el riesgo de reincidencia con menos exigencia – lo que desde un punto de vista dogmático y político criminal no sería del todo imposible –, entonces el periódico no tendría ningún suceso, ni la niña motivo alguno para jactarse de nada, ni yo ningún seguidor de mi ponencia. Pero tal como están las cosas, se dan los ingredientes para una pantomima.

II. Teorías

¿Qué se puede aprender para los jóvenes en el derecho penal hoy en día? Muchísimas cosas. Extraigo dos tipos diferentes de saberes y comenzaré con el que no se debe aprender; pues también esto puede ser un valioso producto de los procesos de pensamiento.

1. Recriminación a la prensa

No se debe aprender que el problema esté fundado puramente en su gestión, que la prensa de forma particular (o mejor, una determinada prensa) tiene la culpa del presente dilema, porque puede destruir una política criminal garantista, humana o incluso sólo liberal y, con esto, ha sido destapado un intento malicioso de difamar un derecho penal orientado por principios y que, por eso, se está quedando sin contenido. Esta recriminación a la prensa podría estar autorizada en el caso en particular y en el resultado¹⁵. No tengo duda alguna de que la prensa está en condiciones de realizar este tipo de difamaciones, y todos vemos que lo usa¹⁶. Sin embargo este argumento es inaplicable como modelo explicativo del fracaso de la política jurídica en el derecho penal juvenil o en otro.

No se puede conciliar ni con ni con las garantías constitucionales de libertad de prensa, ni con un periodismo profesional, solicitar a la prensa o incluso exigirle que debería omitir o maquillar noticias que pudieran causar dificultades a una política bienintencionada o incluso buena. La prensa cumple con su tarea (y defiende al mismo tiempo sus legítimos intereses) a través de una información conforme a la verdad. Los temas y los límites de esta información están sometidos en gran medida

¹⁵ Véase, por ejemplo, sobre el caso de Metin Kaplan, la entrevista con Hans-Jörg Lieberoth-Leden, el presidente del Tribunal Administrativo Federal alemán, en: FR del 07/06/2004: „Kaplan no es comparable a otros casos“.

¹⁶ Interesante todavía, Treiber, 1973, passim.

a su propia disposición¹⁷; las consecuencias negativas de la información están sólo bajo determinadas condiciones en el ámbito y de responsabilidad de la prensa¹⁸. Esto constituye su libertad y sin esta vivida libertad al Estado y a la sociedad les faltaría un elemento que necesitan. Una prensa que sería desviada de determinados temas desde el exterior, como por ejemplo nuestro caso completamente normal, y orientada hacia otras constelaciones – una prensa manejada de este modo dejaría tras de sí un doloroso y prolongado vacío en el discurso libre de una democracia y de una sociedad abierta, dejaría desocupado un lugar que la democracia y la sociedad deben ocupar profesionalmente: la información sobre cualquier situación noticiable (incluso si ello fuera contraproducente, corto de miras o hiriente) dentro de los límites del derecho. No existe un ámbito de información preestablecido que le podría indicar a la prensa qué hechos son noticiables y cuáles no. Ocurre justo lo contrario: el mundo de información – evidentemente contingente –, se constituye a partir de las noticias que se puede encontrar en la prensa (y en otros medios de comunicación similares).

Por lo tanto, cuándo el derecho penal de menores es el blanco de críticas y sus garantías están en peligro depende sobre todo de su trasmisión al público, y sólo en un sentido instrumental, no normativo. Esto tiene como consecuencia que para los penalistas y los expertos en derecho penal juvenil sólo es justificable recriminar a la prensa cuando la información es falsa, pero no cuando es inservible o contraproducente. Pero, sobre todo, de esto se deriva que – si el espejo de los informes de la prensa tuvieran el aspecto de un espejo deformante – pone sobre la mesa la pregunta sobre si la distorsión es debida a los informes o todo lo contrario.

2. Materiales explosivos

De nuestro caso¹⁹ se puede aprender, así como de las suposiciones²⁰ y los peligros²¹ que en él se ponen de manifiesto, cuál es el material explosivo que lanza a estas noticias en una órbita y de envía inmediatamente inquietud e indignación a los corazones de las ciudadanas y ciudadanos. Esto no es intrascendente; pues sólo cuando se conoce la carga explosiva, se tiene la esperanza de desactivarlos. El material explosivo consiste aquí, dicho brevemente, en la impresión de que el derecho penal juvenil se contradice a sí mismo.

¹⁷ Hassemer, 2004a, passim.

¹⁸ Numerosas decisiones importantes sobre esta cuestión en Berg, Kohl & Kübler, 1992, pp. 825 ss.

¹⁹ Vid. supra I.1.

²⁰ Vid. supra I.2.

²¹ Vid. supra I.3.

Para ser claros, el derecho penal juvenil no es el único ámbito en el que se detonan con gusto este tipo de cargas explosivas; pero por el momento un terreno de experimentación extraordinariamente solicitado; es muy susceptible, como se puede ver, a ciertos tipos de escándalos. De forma más espectacular, clara y con mayor alcance que en nuestro caso completamente normal, se pudo observar a principios de verano lo que sucede siempre en este tipo de constelaciones. Estoy pensando en el caso Kaplan, al que no sólo la revista "Spiegel" dedicó su concentrada atención²². Ambos casos se diferencian esencialmente en múltiples aspectos; pero se asemejan en justamente en el punto que me interesa²³; en el ataque al sentimiento burgués de equidad, es decir, por la uniformidad y la continuidad del derecho y su aplicación. Las expresiones coloquiales "traer a alguien al retortero", "hacer teatro" o "provocar" que se les ocurren inmediatamente a los juristas observadores sin encapuchar del todo, así como a la prensa, expresan bastante bien de qué se trata: de la demostración del fracaso del derecho debido a los principios jurídicos, de la prohibición, delegada jurídicamente, de implementar fundamentos de derecho obvios, de un déficit estructural de realización del derecho – estructural porque no se falla en un caso concreto contingente (es algo que ocurre todos los días y se tolera), sino porque el fallo está decretado por el mismo derecho, o al menos se le debe a él sistémicamente. Estructural porque no es que sea el caso particular el que no es considerado por el derecho (es algo que ocurre todos los días y es tenido en cuenta por el derecho), sino porque es el derecho mismo el que por ley no puede ser aplicado, por lo que en realidad se lo puede considerar sistémicamente causante del caso particular. La indignación se alimenta en estas situaciones no de una aplicación incorrecta del derecho, sino de un derecho incorrecto:

Niños que pueden comportarse como delincuentes juveniles y además demostrarlo, traen al ordenamiento jurídico al retortero, cuando y siempre que puedan exhibir que son sacrosantos sobre la base de principios fundamentales del derecho. El observador de una constelación de este tipo, que aún se ajusta un poco a la justicia del ordenamiento jurídico y a la uniformidad material de la aplicación del derecho, sólo tiene la opción de caer en un sueño letárgico contra este tipo de derecho o combatirla denodadamente. El observador, guiado por los medios, no percibe al niño como un "niño" en el sentido del § 19 StGB, que no es capaz de culpabilidad, que en sentido literal "no es culpable", sino – muy por el contrario – como un ser que elude estratégicamente el ordenamiento jurídico general en su propio beneficio y se burla descaradamente de los conservadores que disfrutan el derecho. El he-

²² Título en el N ° 24 del 06/07/2004: „El caso Kaplan o cómo el Estado se deja presentar por sus oponentes“, donde se puede leer que el caso desenmascara debilidades absurdas del Estado de derecho y que Kaplan provoca al Estado de derecho; en el mismo sentido véase también TAZ, FR y Focus, todos del 07.06.2004.

²³ Para comparar „Kölscher-Klau-Klüngel“ del „Spiegel“ 49/2003, pp. 68 ss.

cho de que estas situaciones vayan acompañada con frecuencia de lo extranjero (“Kaplan”, “Mehmet”, “Europa del Este”)²⁴, de lo extranjero que anida aquí también normativamente, que ofenden nuestro sentimiento del derecho y socavan nuestro ordenamiento jurídico, convierte el material explosivo en verdaderamente peligroso (y deja en evidencia además que el riesgo de explosión se extiende más allá del derecho penal juvenil y el derecho penal, hasta el terreno del acuerdo social normativo y la política interior estatal).

3. Política criminal y acuerdo social normativo

Esto significa que se deberían cerrar los flancos del derecho penal juvenil, que siempre están expuestos a daños de este tipo, es decir

- reducir la edad mínima para exigir responsabilidad penal²⁵,
- intensificar ... las “medidas preventivas para luchar contra la delincuencia infantil y juvenil,
- extender las posibilidades de actuar del derecho penal juvenil”,
- permitir el “arresto de advertencia”
- introducir una prohibición general para conducir vehículos como pena juvenil, con independencia del delito contra la seguridad en el tráfico,
- prever una orden de detención de comparecencia y de seguridad
- aplicación del derecho penal juvenil al joven adulto sólo excepcionalmente²⁶ y
- aumentar la pena máxima para el joven adulto de los 10 a los 15 años²⁷,

tal como algunos países consideran adecuado.

Es prácticamente imposible discutir que estas repuestas – que representan los objetivos de una reforma del derecho penal juvenil propuesta por grupos conservadores en el verano de 2004²⁸ – van como anillo al dedo con las preguntas que actualmente ocupan del centro de la percepción y preocupación públicas. Pantomimas como la

²⁴ Véase la información más arriba, en el apartado I.1.

²⁵ Paul, 2003, pp. 204 ss.

²⁶ Esto lo defienden entre otros: KORNPROBST, 2002, p. 312; HINZ, 2001, p. 106; DÜNKEL, 2003, p. 19. Del mismo modo, también el Tribunal Supremo Federal (BGH) en BGHSt 36, 37 (39)= *NJW* 1989, p. 1490: „El legislador también era de la opinión de que los retrasos en la madurez sólo excepcionalmente conducen a la aplicación del derecho penal juvenil entre el grupo de los jóvenes adultos”.

²⁷ Así un proyecto de ley introducido por iniciativa de los Estados Federados de Baden-Württemberg, Baviera, Baja Sajonia y Turingia, para mejorar la lucha contra la delincuencia juvenil, en: *NJW-Spezial*. Cuaderno 3, 2004, pp. 139 ss. Para ello también WERWIGK-HERTNECK & REBMANN, 2003, p. 225.

²⁸ Vid. Werwigk-Hertneck & Rebmann, 2003, en contra las cartas de los lectores de Lütkes & Rose y Sonnen, en: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2003, pp. 472 ss.

que se acaba de reseñar lanzan gritos para que se completen y se agraven los instrumentos de intervención del derecho penal juvenil; ése es su mensaje en confrontación político criminal²⁹. No me cabe duda de que los flancos del derecho penal juvenil en la percepción pública se podrían cerrar realmente si la política criminal pusiera en práctica estas propuestas; el ámbito del derecho alcanzaría la tranquilidad.

Pero de deberá discutir que tal calma sea productiva o incluso sólo merecida. Pues la relación entre el derecho, la política criminal y el ámbito público no es tan simple como se toma por base en este modelo y por eso no se podría confiar este resultado a priori. Es cierto que las políticas contra el crimen no pueden hacerse a la larga contra los acuerdos sociales normativos – ni de hecho, ni, en mi opinión, constitucionalmente –, seguramente las posiciones de la población son relevantes político jurídicamente, incluso cuando resulten del amedrentamiento y de una visión parcial sobre la realidad. Para la prolongación ilimitada de estas posiciones en práctica legal y judicial, no hay, sin embargo, ni un fundamento ni un derecho. Los resultados en las políticas jurídicas no son consecuencia de la deducción, sino de la confrontación; no son proyectados, sino contruidos. Aunque deciden las mayorías, si las cosas van bien, no deciden al principio, sino al final del proceso de acuerdos.

Y la decisión, al menos en mi punto de vista, es tanto más resistente cuanto más extensa y profundamente el proceso de confrontación político jurídica haya asimilado y utilizado los hechos y argumentos que estén conectados con el objeto de decisión, y más accesible y uniforme haya sido la discusión para todos los que hayan querido participar. Por supuesto, los “casos normales”³⁰ forman parte de los hechos y argumentos relevantes para el derecho penal juvenil y sin duda la retórica político criminal – no sólo por parte de la prensa – tiene todo el derecho de impresionar parcial y emotivamente. Pero todos los demás tienen igualmente el derecho a estigmatizar esa retórica y desenmascarar lo monstruoso de los “casos normales”.

Con este fondo, quisiera repetir³¹ que la política criminal racional no pasa por alto ni esconden lo irracional en los acuerdos sociales – siempre y cuando se puedan asignar de forma clara y fundada las etiquetas “racional” e “irracional” –, sino que lo toman en cuenta y lo utilizan: que el concepto de un buen derecho penal juvenil incorpora y valora lo irracional, que sobre este telón de fondo reflexiona sobre los pasos que podrían conducir a una racionalidad más completa y después los da.

²⁹ Véase el proyecto de ley del Consejo Federal „ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Jugendstrafrechts und zur Verbesserung und Beschleunigung des Jugendstrafverfahrens”, BT-Drs. 15/4322.

³⁰ Vid. supra. I.1.

³¹ Desarrollado y discutido en detalle con ejemplos en mi trabajo *Strafrechtsgematik* (Hassemer, 1974, pp. 192 ss., pp. 242 ss.).

Nuestro “caso completamente normal” pertenece, por lo tanto, al discurso sobre un buen derecho penal juvenil.

III. El buen derecho penal juvenil

¿Pero qué puede ser un buen derecho penal juvenil hoy en día?

No esperarán ahora de mí que les exponga un código ideal, y tampoco deben esperar que me refiera a detalles, que como un bumerang pudieran caer sobre mi escritorio en Karlsruhe* para ser sometidos a un control de constitucionalidad. Quisiera más bien permanecer en lo general y ser concreto sólo en los ejemplos; me interesan más las imágenes que las estructuras, más el desarrollo que las situaciones, más las valoraciones que los análisis. Por supuesto serán aquellas imágenes, desarrollos y valoraciones que provocan en la actualidad una encendida discusión y cuyo contenido es determinado en los foros y grupos de trabajo del XXVI Congreso Alemán de los Tribunales Juveniles. En este sentido, trato de estimular las buenas tradiciones del derecho penal juvenil en su sentido esencial y de reforzar su vigencia – bajo el signo de nuestro tiempo. Ellas, como toda tradición, deben ser constantemente remodeladas, coloreadas y puestas de relieve. Justamente bajo el fuego de la crítica demuestran su consistencia.

1. Ataques

a. Abolición del derecho penal juvenil

Quisiera detenerme sólo un momento en la representación de que fuera conveniente la abolición del derecho penal juvenil. Esta idea sólo puede alimentarse en cualquier caso del débil impulso del abolicionismo del 68, que por aquel entonces desenmascaró al conjunto del derecho penal como una institución de control irracional y pretendía sustituir las penas inhumanas por medidas de prevención del comportamiento³². Eso era ya entonces corto de miras³³, y esta delimitación se puede reconocer claramente hoy en día; pero este reconocimiento mejora al mismo tiempo el sentido del derecho penal juvenil y por eso hablo un poco de ello.

* N. de la T.: Karlsruhe es la ciudad en que tienen asiento el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de la República Federal de Alemania. Winfried Hassemer fue miembro de ese tribunal constitucional desde 1996, y su vicepresidente entre 2002 y 2008.

³² Un buen ejemplo es la declaración de Plack, 1974.

³³ He rastreado esto con más detalle en mi *Einführung* (Hassemer, 1990, pp. 329 ss.).

aa. Abolicionismo en derecho penal

De hecho, recientemente se ha extendido la idea de que las medidas de seguridad no son en ningún caso las hermanas humanitarias de las penas inhumanas³⁴, sino que, muy por el contrario, más bien tienen madera para el terror de Estado – en cualquier caso en aquellas formas arcaicas todavía extendidas del acuerdo social normativo que pretenden obligar a la sociedad y al Estado a exterminar la criminalidad, en vez de convivir con ella del mejor modo posible –. Las medidas de seguridad tienden de forma congénita a la desmesura, a expandirse en el tiempo y a intensificar la influencia, que se considera necesaria hasta que se han alcanzado los objetivos de la integración fiable del delincuente y la intimidación del resto a largo plazo – o entretanto se han vislumbrando. La medida de seguridad no puede poner su límite en la consecución de su finalidad (en tal caso no habría nunca un límite), sino que el mandato de proporcionalidad de la intervención – y esto es difícil de sopesar y de ejecutar y siempre dudamos y nos confundimos una y otra vez al respecto. A la vista de nuestra actual orientación a la efectividad y el control, no nos convence que se vaya a interrumpir una medida de seguridad, cuyo sentido reside única y exclusivamente en su efectividad como defensa frente al peligro, antes de que haya alcanzado su efecto con seguridad; las medidas de seguridad y corrección han acabado siendo, en la sociedad del riesgo, instrumentos peligrosos. Por el contrario, a la pena se le señala su magnitud a través de su vinculación al injusto y a la culpabilidad por el hecho (esto es precisamente lo que la vuelve tan poco práctica para un derecho penal moderno, apto para la prevención y flexible).

Pero sobre todo los abolicionistas tenían y tienen un concepto penosamente limitado “derecho penal”: “derecho penal” es para ellos la parte especial del código penal con sus amenazas de pena para las conductas delictivas; cuya abolición se podría asociar teóricamente al menos con una liberación del control estatal – aun cuando sería una empresa dudosa y de doble filo. En la realidad, sin embargo, el “derecho penal” es mucho más: también pertenecen a él las garantías y el reconocimiento de los derechos fundamentales de la regulación del proceso penal y del derecho constitucional penal – modelo de un control social de la conducta desviada orientado por principios y ligado al derecho³⁵. Quien suprime este “derecho penal”, suprime logros de un Estado de Derecho que funciona; debería montar estos logros de nuevo si no quiere acabar en un caos normativo – ¿pero a partir de qué elementos y con qué nuevo proyecto de construcción?

Así visto, el abolicionismo en el derecho penal es todo lo contrario a una estrategia amigable con los seres humanos y sus derechos. Y por ello sólo estaría dispuesto

³⁴ Véanse también las consideraciones expuestas en Naucke, 2002, § 3, párr. 48 ss.

³⁵ Para más detalles Hassemer, 1990, pp. 323 ss.

a conversar con los abolicionistas del derecho penal, si ellos prometieran abolir, junto con el derecho penal, el delito, y con él el control social del delito; pues sólo entonces habrían resuelto el problema para el que el derecho penal busca respuesta – una respuesta sin duda mejorable, pero ciertamente inteligente y también aceptable.

bb. Sentido del derecho penal juvenil

Estas reflexiones ayudan en el intento de darle vida al sentido el derecho penal juvenil. De hecho, tienen mucha más fuerza expresiva para este derecho que para el derecho penal en general.

A la lógica fundacional de la ley de tribunales juveniles pertenecen dos elementos, que todavía hoy están llenos de vida, y que tocan y sostienen todos los ámbitos del derecho penal: la búsqueda de una finalidad y la educación³⁶; a mi parecer, encarnan el lado luminoso de las tradiciones del derecho penal. Es cierto que la idea de un fin en el derecho penal no sólo ha producido cosas buenas³⁷, verdaderamente en su inicio y durante su desarrollo tenía no sólo el carisma de la razonabilidad medida, sino también la mala fama de la lucha implacable contra la criminalidad³⁸ e indudablemente el principio educativo del derecho penal juvenil no es tranquilizante³⁹ – volveré sobre ello más adelante⁴⁰.

Sin embargo, cabe recordar que la búsqueda de una finalidad y la educación fueron entendidas y puestas en práctica, en el momento del que hablamos, como un cambio de ruta respecto de un pasado terrible, eran un faro para una nueva relación del Estado con los delitos y los delincuentes, más humanitaria y satisfecha con la experiencia. El concepto teórico, pero también el político del derecho penal pasó, respecto de los jóvenes, de ser una retribución fría, orientada al pasado, ha convertirse en una persecución orientada a fines, comprometida y mirando al futuro⁴¹. Con el principio educativo el Estado persecutor y castigador asumió una responsabilidad, cuyo cumplimiento no sólo era verificable hasta cierto modo, sino que también estaba dirigida a valorar debidamente a alguien, a saber, el menor sujeto a responsabilidad penal. En el derecho penal juvenil, la prevención tiene todavía hoy la buena fama de atención y futuro. Esto es mucho, dado el contexto histórico, y tiene importantes consecuencias

³⁶ Schüler-Springorum, 2001, p. 832 ss.; Schaffstein & Beulke, 2002, pp. 38 ss.

³⁷ Naucke, 2000, pp. 223 ss.

³⁸ Sobre la importancia de las estadísticas emergentes respecto de la emergencia del derecho penal juvenil, Fritsch, 1999, pp. 28 ss.

³⁹ Véase, por el momento, los argumentos y las pruebas de Albrecht, 2002, pp. 97 ss.

⁴⁰ Vid. infra III.2.a.

⁴¹ Fritsch, 1999, pp. 24 ss., pp. 42 ss., pp. 86 ss.

para el derecho penal general⁴². A pesar de nuestro escepticismo respecto de las grandes palabras en el derecho penal, la prevención no ha desaparecido, tan sólo ha palidecido: el derecho penal juvenil representa todavía, como camino especial jurídico penal, la prudencia de la intervención, la importancia de las circunstancias concretas del hecho y del autor y la esperanza de un futuro mejor.

cc. Conclusiones

Quien desee abolir el derecho penal juvenil, no presta ningún servicio al derecho fundamental a la libertad. Éste accede más bien a dos importantes tradiciones, de las que se alimentan normativamente el Estado de Derecho y la sociedad civil: por un lado, las garantías y la protección de los derechos fundamentales y, por el otro, un concepto de racionalidad y de respeto hacia las personas.

b. Desdiferenciación del derecho penal juvenil

Tan desacertada como la idea de abolir el derecho penal juvenil parece ser el concepto de renunciar en el derecho penal juvenil a la diferenciación según características personales como la edad, la capacidad de comprensión o la madurez, que generan y justifican hasta el momento diferentes formas de regulación en el derecho penal juvenil de carácter material y formal. Es desacertado porque el derecho penal juvenil se debe precisamente a tales diferenciaciones y vive de ellas, siendo, frente al derecho penal de adultos, una respuesta distinta para una realidad distinta; es decir, la diferenciación es lo propio del derecho penal juvenil.

Yo también pienso así como conclusión final, pero el camino hasta ella no es tan sencillo; como también se puede aprender de él, lo expongo a continuación.

aa. Tipos

Las concepciones conservadoras, disgustadas con el derecho penal juvenil por sus consideraciones hacia la persona y sus esperanzas de mejora⁴³, aspiran a la desdiferenciación – no en su concepción radical, sino de forma sutil –. La extensión de los marcos penales en la dirección del derecho penal de adultos⁴⁴, la reducción de la mayoría de edad penal⁴⁵, el tratamiento, en principio, de los jóvenes adultos con-

⁴² Respecto del papel de la justicia juvenil como un modelo del derecho penal general, Kilchling, 2002, p. 516.

⁴³ Vid. supra II.3.

⁴⁴ Paul, 2003, pp. 204 ss.

⁴⁵ De la misma opinión, por ejemplo Hinz, 2001, pp. 107 ss.; Klosinski, 1997, p. 406, y Paul, 2003, pp. 204 ss. (para delinquentes persistentes).

forme el derecho penal general⁴⁶, la introducción de la detención de comparecencia y de seguridad para los menores imputados⁴⁷ o el “cambio de tendencia” “bajo puntos de vista preventivo generales”⁴⁸ – todos conceptos que tienden a la desdiferenciación y que dan sacudidas a la clásica separación, propia derecho de menores y del derecho penal juvenil, entre niños, jóvenes y jóvenes adultos y los adultos.

Es probable que no sea realmente malintencionado condensar el sentido de estos proyectos en los puntos señalados: para ellos la indulgencia con los no-adultos va demasiado lejos; les asignan más responsabilidad que el derecho penal juvenil y con ese fin quieren, por una parte, eliminar las vallas entre el campo de los adultos y el de los no adultos (como sucede por ejemplo con los jóvenes adultos) y, por otra parte, hacerlas más pequeñas (como en los marcos penales). El derecho penal juvenil debe ser más derecho penal y menos derecho juvenil, las diferencias respecto del derecho penal son consideradas contraproducentes y son más bien no deseadas⁴⁹.

Esto es la desdiferenciación en un sentido sutil; cubre las especificidades del derecho penal juvenil con una sospecha general de protección exagerada, espera de mejora poco realista y benevolencia criminógena. Que no sea una desdiferenciación radical se debe de forma completamente trivial a la diferenciación entre el derecho penal juvenil y el derecho penal de adultos: la lógica de su desarrollo y el sentido de supervivencia del derecho penal juvenil, su razón de ser, no consiste en otra cosa que en su diferenciación respecto del derecho penal de adultos, que es justo lo que discutimos. Dondequiera que se desee fijar las líneas diferenciales de trazado: deben existir en todo caso si tiene que haber un derecho penal juvenil. Una desdiferenciación radical del derecho penal juvenil sería, con otras palabras, idéntica a su abolición y eso ya lo discutimos⁵⁰. Por lo tanto, la música no acompaña a la radical, sino a la variante sutil; allí se lucha actualmente sobre los detalles y se decide acerca de los límites.

No hay que perder de vista, sin embargo, que también el tipo sutil es un tipo de desdiferenciación y tiene como objetivo reducir los límites frente al derecho penal.

⁴⁶ Véase la petición de los miembros de la CDU / CSU: „Volljährige Personen im Jugendstrafrecht“, BT-Drs. 15/2017.

⁴⁷ *NJW-Spezial* 3, 2004, pp. 139 ss.

⁴⁸ *NJW-Spezial* 3, 2004, p. 139.

⁴⁹ Una contrapropuesta, que también incluye los problemas metodológicos, se encuentra por ejemplo en ASJ Hamburg, 1999.

⁵⁰ Justo más abajo, III. 1.a.

bb. Metodología

La desdiferenciación sutil del derecho penal juvenil es actualmente la bandera de su reforma conservadora: es una estrategia importante. Por eso mismo es útil interrumpir brevemente el paso a través de las cosas y mirar con más detenimiento las condiciones metodológicas de construcción y la mecánica. Habría que preguntarse: ¿cuáles son los antecedentes sobre los que se podrían apoyar las exigencias de desdiferenciación y con qué intensidad de imposición se pueden llevar estas exigencias hacia adelante? ¿Cuán complejas y llenas de requisitos son sus fundamentos argumentativos? Brevemente: ¿cuán apremiantes pueden ser?

No es necesario ser un experto para poder ver que tales reclamaciones político criminales en el derecho penal juvenil no están fundamentadas con más exigencia de la usual en derecho penal – es decir, en conjunto mal y actualmente bastante peor que antes. La centralidad argumentativa y emotiva de casos monstruosos como el aquí expuesto en el discurso político criminal es un sismógrafo⁵¹, un indicador es el hecho de que el temor subjetivo al delito y la intensidad objetiva de la amenaza ya no tengan mucho que ver entre sí, de que los deseos públicos de endurecimiento no se dejarán impresionar por una disminución de la probabilidad de ser lesionado⁵², y el canto fijo de la desolación metodológica son las referencias generales, en ningún caso sobre el estado de las cosas, a la necesidad de una intimidación más efectiva o de una protección más firme de las víctimas inocentes⁵³. Este estado de cosas es conocido, ha sido bien estudiado⁵⁴ y se ha denunciado con frecuencia⁵⁵. No me voy a detener en él, sino que trataré de dar a conocer un par de conexiones que deberían definir la relación con las exigencias de desdiferenciación.

Dos conexiones están situadas en el primer plano, porque no se pueden cambiar – lo que no significa sin embargo que no se pueda aprender de ellas. Por lo demás, son muy diferentes la una de la otra, una tiene naturaleza sistémica, la otra epistémica.

Cualquier tipo de derecho penal de menores tiene forzosamente que colocar en un determinado punto una diferenciación: en el límite de la completa responsabilidad de la persona; sin esta diferenciación no puede construirse el derecho penal juvenil. En el lugar sistémicamente opuesto, junto a la responsabilidad completamente excluida, la diferenciación no es forzosa, pero sí acorde con los tiempos. Un derecho

⁵¹ Vid. supra I.1.

⁵² Vid. H.-J. Albrecht, 2002, pp. 26 ss.

⁵³ Análisis de Hassemer & Reemtsma, 2002, pp. 57 ss., pp. 108 ss., pp. 112 ss.

⁵⁴ Arzt, 1976, especialmente pp. 75-101.

⁵⁵ Hassemer, 2002a, p. 333 (340): "La sensación de amenaza no es para nada un reflejo de la amenaza real". Hassemer, 1997, p. 27: "El miedo al crimen y la conciencia de riesgo son factores de política interna, de los cuales no puede evadirse el sistema de justicia penal".

penal bajo el derecho penal de adultos no tiene necesariamente que diferenciarse respecto de los menores⁵⁶, pero en la actualidad lo hace razonablemente; las razones para ello están fuera de discusión, y las dejo a un lado. Hoy en día el derecho penal juvenil es un derecho intermedio entre niños y adultos.

La obviedad epistémica da la primera capa para la sistémica: las diferencias entre la madurez plena y la excluida no están completamente a mano. La infancia, la adolescencia y la adultez no son periodos localizables empíricamente en la vida de las personas que únicamente hubiera que reproducir en la ley y en la judicatura. Son más bien constructos sociales que tienen una base empírica pero que no están hechos de ella. Aunque podemos entender rápidamente que una niña de dos años, un joven púber y una mujer de treinta años no pueden ser responsabilizados de sus actos de la misma manera, una observación reflexiva insiste sin embargo en la experiencia de que la “infancia” es variable culturalmente⁵⁷ no sólo en sus características individuales, sino ya también en su existencia y percepción social y que por eso a la “adolescencia” o la “adultez” no les ocurre algo diferente, pues no se puede determinar y entender ninguna de las tres etapas vitales independientemente de las otras dos. No son solo naturaleza, son también cultura y sociedad; y la “adolescencia” es precisamente una pantalla de proyección para el resto de nosotros. Es el resultado de un acuerdo social normativo, que también podría resultar de otra forma, que entre nosotros antes y ahora en otros lugares ha resultado de otro modo y que tiene componentes decisivos.

De ello se derivan consecuencias metodológicas para un buen derecho penal juvenil.

cc. Dolor del límite

Es cierto que la respuesta a la pregunta sobre por dónde deben pasar los límites entre niños y adolescentes, y entre adolescentes y adultos, debe ser decidida al final políticamente: por el pueblo y sus representantes electos; dado que esta respuesta forma parte de una ley, estamos en el derecho penal. También es cierto que el legislador debe tener para esta respuesta un margen de decisión que no puede estar medido de forma excesivamente estrecha. El motivo que justifica reside en la tercera verdad: la decisión sobre ambos límites es extraordinariamente compleja, y el legislador debe poder satisfacer esta complejidad; para ello necesita espacio y la posibilidad de hacer aserciones que no puede fundamentar de forma total y concluyente, sino sólo valorar de acuerdo a la situación. El actual discurso reformista del derecho penal juvenil no satisface en su mayor parte la complejidad.

⁵⁶ Vid., por ejemplo, Hefendehl, 2000, pp. 604 ss.

⁵⁷ Básico, Ariès, 2003, pp. 69 ss.

La diferenciación en el derecho penal juvenil no es solo un problema normativo, sobre el que las mayorías consideran y deciden esto o lo otro. La diferenciación tiene una enorme necesidad de empirismo, que se debe conseguir y sobre el que en primer lugar se debe aprender y argumentar, antes de que se pueda justificar una decisión. Ante ello sólo cabe alegrarse, pues las afirmaciones empíricas pueden ser refutadas en caso de duda y refuerzan la racionalidad argumentativa del discurso cuando aparecen; sin embargo, deben ser tomadas en serio. El empirismo relevante en nuestro caso es, por su parte, complejo y cambia constantemente. No se trata sólo de los factores biológicos y antropológicos de la madurez; se trata también de los modelos sociales y culturales de imputación de responsabilidad a las personas. Esos modelos no están fijados en ningún caso, sino que se desarrollan con la evolución de la sociedad, con las imágenes que tenemos de “niños” y “adolescentes”, de lo que les podemos confiar y por lo que les podemos exigir responsabilidad; nuestro “caso completamente normal” es desde el principio un ejemplo de tales imágenes⁵⁸. La madurez penal es así un objetivo móvil, dirigido por múltiples factores diferentes⁵⁹; es sencillo decidir a través de una disposición una edad mínima y máxima, pero es difícil encontrarlo realmente y además reconocer cuándo un cambio social obliga a cambiar la decisión.

Y finalmente se trata, en una perspectiva sistémica, también de las posibilidades de ayuda y corrección que, más allá de los límites etarios del derecho penal juvenil, están previstas para niños y adolescentes en el Código de la Seguridad Social VIII (*Sozialgesetzbuch VIII*) y el Derecho de protección de Menores y Adolescentes, y en el derecho de adultos para jóvenes y jóvenes adultos. Doy por sentado que el trazado de los límites también debe atender al terreno, al que en cualquier caso se refiere el límite, que sólo puede tener la mirada, no dogmática, puesta en el ámbito del derecho penal juvenil que debe ser limitado. El legislador debe reflexionar las consecuencias que tendrían una ampliación o una reducción del derecho penal juvenil en vista de posibilidades jurídicas colindantes y debe estar atento a que este trazado no afecte de forma demasiado intensa los procesos de desarrollo de las personas, que en mayor o menor medida transcurren de forma continuada.

En la delimitación de la incapacidad de culpabilidad de los menores, fijada en la actualidad por el § 19 StGB en los 14 años, con consecuencias para el derecho penal juvenil, la comprensión profunda es ineludible. Este límite, que dispone una total exclusión de intervención penal, debe ser – por motivos constitucionales de hecho –, absolutamente clara y confiable. La aflicción de este límite es atenuada sin embargo en parte en el § 3 JGG, cuando define el contenido de la responsabilidad

⁵⁸ Vid. supra I.1, II.2.

⁵⁹ Una recopilación de argumentos en Wolfslast, 1997, pp. 277 ss., pp. 280 ss.

penal y dispone, para casos de incapacidad de culpabilidad, medidas del derecho familiar y tutelar. Que esto, no obstante, no pueda resolver todos los problemas se pone de manifiesto en nuestro caso monstruoso. Aquí ayudan, siempre y cuando se mantenga el límite de responsabilidad penal, solo los numerosos y diferentes instrumentos del sistema de protección de menores y jóvenes⁶⁰. Pero estos deben usarse también y su utilidad debe ser ampliamente dada a conocer en público; en esta ocasión se podría acabar con el molesto y extendido error de que en el camino del derecho penal de adultos hasta el derecho de protección de menores y jóvenes, pasando por el derecho penal juvenil, es creciente la indulgencia con los afectados⁶¹. Aprovechando el impulso se podría barrer con la confusión de que las leyes muestran una blandura creciente (yendo desde las leyes para adultos hacia las que regulan la infancia, y pasando por las que rigen para los jóvenes).

En polo contrario de la delimitación respecto del derecho penal de los adultos capaces de culpabilidad, el legislador a mitigado la aflicción del límite con el unguento de la diferenciación por plazos, encargando al juez de menores en el § 105 JGG usar con los jóvenes adultos inmaduros⁶² el derecho penal de adultos, aderezado con derecho penal juvenil. Se trata de una empresa bienintencionada pero peligrosa, que desde ya atrae dos argumentos críticos. Político criminalmente⁶³ molesta el escondrijo del derecho de menores, teórico jurídicamente, la indefinición de este modo de expresarse en francés antiguo⁶⁴. Los argumentos son conocidos, no los repetiré aquí, sino que me concentraré en la metodología de la diferenciación:

En vista de la tensión esencial entre la continuidad empírica del desarrollo de un ser humano, por un lado, y la necesidad normativa de determinar con claridad la aplicación del derecho penal por el otro, la diferenciación en plazos es una vía inteligente: no renuncia del todo a la precisión y no carga la parte indefinida de su regulación en el lado más cargado sino en el que tiene menos peso. El legislador puede fijar sólo en abstracto y mediante una fuerte tipificación – en el nivel numérico – cuándo

⁶⁰ Un análisis preocupante de la problemática en el FAZ del 12.08.2004, p. 7: „Asistencia educativa' para cada vez más alemanes. El número de niños y adolescentes que necesitan protección especial del Estado, se ha incrementado en un 71% desde 1991".

⁶¹ P.-A. Albrecht, 1993, § 8 V.

⁶² § 1, párrafo 2 JGG: entre 18 y 21 años de edad en el momento del crimen.

⁶³ Por ejemplo Paul, 2003, p. 206 (con más referencias en la nota 28); Weber, 2000, p. 298. A favor de la eliminación del § 105 JGG: H.-J. Albrecht, 2002, p. 92 (con más referencias en la nota 337).

⁶⁴ El § 105 JGG dispone la correspondiente aplicación adecuada del derecho penal juvenil, cuando: "1. de la evaluación global de la personalidad del delincuente, teniendo en cuenta también las condiciones del ambiente, resulta que el delincuente tenía el desarrollo moral e intelectual propio de un adolescente en el momento de cometer el delito, o 2. se trata, por su modalidad, por las circunstancias o los motivos del delito, de un delito juvenil".

nuestra cultura jurídica puede suponer en el adolescente un grado de madurez suficiente para la imputación penal. Esto asume desigualdades entre quienes realizan el análisis en cada caso concreto. Una vía inteligente es también, por lo mismo, dejar la determinación posterior del límite entre el derecho penal de adultos y el de menores en manos del juez; pues él, y no el legislador, puede observar y decidir cuáles son las circunstancias de esa persona cuya conducta debe juzgar⁶⁵. Resulta admitido que el legislador podría expresarse de forma más clara y moderna⁶⁶. Me sorprende que los políticos que se ocupan de las cuestiones criminales, para quienes la desdiferenciación del derecho penal juvenil es sumamente importante y que quieren adjudicar al joven adulto a los adultos, confíen más en su propia capacidad para determinar los límites que en la del juez penal.

dd. Conclusión

El derecho penal juvenil vive de diferenciaciones inteligentes y cercanas en la realidad; estas son actualmente el blanco de las críticas político criminales. El legislador debería perseguir el objetivo de retratar fielmente la complejidad de esta diferenciación en sus decisiones y ajustarse a los desarrollos culturales y antropológicos. La aflicción de los límites se puede mitigar, tal como se observa en el ejemplo de los jóvenes adultos.

2. Certezas

Las tradiciones que se muestran estables y sólidas también bajo el fuego de la crítica no caen como un regalo del cielo, sino que son producidas aquí abajo. Son el resultado de un proceso de aplicación continuo, que se mantiene atento a la adaptación de las tradiciones a la transformación social. Este proceso no solo necesita normas e instituciones, que guíen y legitimen su avance. Requiere ante todo certezas, de las cuales se pueda concluir, en qué dirección se deben mover el derecho y su aplicación. Estas certezas no incluyen todas las informaciones necesarias para el proceso, son más bien indicadores del camino que guiones – aunque probados y saciados de experiencia.

Quisiera finalmente referirme a dos de estas certezas en el derecho penal juvenil: al principio educativo, porque su sensatez se pone en duda desde hace poco, aunque no por primera vez sí con mucha insistencia, y sobre el valor de la formalización del derecho penal juvenil, porque aquí se podría dibujar una nueva comprensión de viejos problemas.

⁶⁵ Del mismo modo Rössner & Bannenberg, 2002, p. 80.

⁶⁶ Para mayor información véase Busch & Scholz, 2003.

a. La educación en el derecho penal juvenil

aa. Crítica

Que el derecho penal juvenil caiga en turbulencias cuando convierte, como es usual⁶⁷, la educación del condenado en su tarea, es algo esperable. Existen tres importantes razones para tomar la promesa de educación con muchísima precaución: la literatura no se cansa de relacionar esta promesa con el pensamiento nacionalsocialista⁶⁸; el principio educativo puede ser estigmatizada como una categoría semántica vacía de contenido cuya verdadera función consista en agravar la intervención (“suplemento educativo”)⁶⁹, y permite ser desenmascarado como una falsa promesa que no tiene nada que ver con la práctica⁷⁰. Las consecuencias de estas críticas⁷¹ son diferentes en su resultado: abarcan desde la exigencia de una reformulación y un reposicionamiento del principio educativo has su abolición. Al determinar el objetivo general, los críticos, si yo lo entiendo bien, están de acuerdo: quieren mantener al derecho penal juvenil libre de endurecimientos bienintencionados y acercarlo al derecho penal formalizado y tradicional⁷².

Comparto la crítica, pero no logro ver que tenga la fuerza para sacar el principio educativo del derecho penal juvenil. La cercanía del principio educativo (¡y de tantos otros conceptos usados de subjetivación jurídico penal!) a las representaciones de los nazis exige una relativa prudencia pero no a la erradicación; debe evitarse a toda costa un “suplemento educativo” desproporcionado (no descartable, sin embargo, incluso con la eliminación del principio educativo, a la vista de la franqueza estructural de la determinación de la pena individual frente a las teorías cotidianas y los prejuicios)^{73/74}; que rara vez se logre educar, no nos debería estimular de princi-

⁶⁷ Böhm, 1996, pp. 10 ss.

⁶⁸ Por ejemplo Meier, Roessner & Schoch, 2003, § Rn. párr. 11, § 10 párr. 28.

⁶⁹ Paradigmático P.-A. Albrecht, 1993, § 8.

⁷⁰ Paradigmático H.-J. Albrecht, 2002, pp. 97 ss.

⁷¹ Vid. también Weyel, 2003.

⁷² Conciso H.-J. Albrecht, 2002, p. 108: „La consecuencia de estas consideraciones sólo puede ser la de descartar el principio educativo como fundamento y explicación del derecho penal juvenil y reemplazarlo por un principio de culpabilidad y de proporcionalidad para las sanciones a causa de un delito”.

⁷³ En resumen: El juicio de que la búsqueda de objetivo educativo habría superado el marco de la sanción en un caso concreto o en otras situaciones similares, tiene dos condiciones que no son fácil de determinar: ¿Dónde está exactamente el límite de la “proporcionalidad del delito”, cuyo rebasamiento - excepto en casos extremos de la “octava equivocada” – falsifica la pena como desproporcionada? ¿Cómo se mide el grado de influencia del “castigo” y de la “intervención educativa” y pone las dos cosas en una misma escala para poderlas comparar?

⁷⁴ Para más detalles y opciones Böhm, 1996, pp. 13 ss.

pio a una retirada desde el principio educativo, sino a su mejora en la práctica. Son refutaciones débiles, lo sé; todo se puede ver de otra manera. Mi verdadero argumento no es, sin embargo, la refutación de una crítica al principio educativo, sino el convencimiento de que sin él no nos las arreglaríamos en el derecho penal juvenil⁷⁵.

bb. La necesidad de “educación”

El Tribunal Constitucional Federal (alemán) ha fundamentado con profundidad y ha dotado de recursos al mandato de resocialización en una jurisprudencia permanente⁷⁶. Ha desarrollado “este mandato a partir de la propia imagen de sí misma de una comunidad jurídica que sitúa la dignidad humana en el núcleo de su escala de valores y está comprometida por el estado social”, y ha prometido al prisionero en particular “en virtud del Art. 2.I en relación con el Art. 1.I de la Constitución”, “que esta finalidad será satisfecha durante el cumplimiento de la medida impuesta”⁷⁷. Más dispendioso no es posible. Habría que tener también presente que los principios de la dignidad humana y el Estado social que el tribunal coloca en el centro están protegidos por la “garantía de eternidad” del Art. 79.3 de la Constitución, mediante la cual la doctrina constitucionalista extiende el principio del estado social a los elementos básicos de solidaridad entre las personas, previsión, asistencia y protección de los socialmente débiles⁷⁸ – lo de todas formas también se refiere a los jóvenes internos –.

Que “el mandato de resocialización constitucional” obligue al legislador “a desarrollar un concepto de resocialización eficaz y a configurar la ejecución de las penas atendiendo a ello”, no solo compromete, sino que es razonable⁷⁹. Y respecto de los jóvenes internos es aun más urgente que respecto de los adultos. Es un contrapeso, irrenunciable en un Estado de derecho, a la privación de libertad jurídico-estatal, es la obligación del Estado punitivo a la atención, dedicación y ayuda personales en la medida de lo posible – ni más, ni menos. La frialdad distante de la proporcionalidad respecto del hecho es una escala útil para la medición del límite de intervención de la sanción, pero no para su ejecución. La ejecución debe tener un objetivo, no sólo una forma y no sólo límites. ¿Y cuál debería ser el objetivo sino la “educación” – para personas que según la autopercepción del derecho penal juvenil se caracterizan precisamente por un proceso de maduración incompleto?

⁷⁵ Un resultado similar en Streng, 2003, p. 1242, pp. 1253 ss.

⁷⁶ Véase BVerfGE 98, p. 169 (pp. 200 ss.).

⁷⁷ BVerfGE 98, p. 200.

⁷⁸ Dreier, 1998, la Constitución (GG), Art. 79.3.38.

⁷⁹ BVerfGE 98, 169 (201).

Tampoco veo dificultades para ordenar el principio educativo del derecho penal juvenil en el contexto de las teorías de la pena y darle vida⁸⁰. También para el derecho penal juvenil permanece como tarea de todo ordenamiento jurídico penal, por un lado, hacer evidente, por medio de la permanente respuesta sancionadora a la infracción de la norma, que nos mantenemos contrafactualmente vinculados a la norma vulnerada y que desaprobamos su vulneración. Y por otro, mediante la uniformidad y la vinculación a los principios por parte de las leyes y el proceso sancionadores, cumplir la promesa de tratar a todos los implicados en la vulneración de la norma de forma justa y respetuosa. Sólo en este contexto adquiere un sentido la educación a través del estado punitivo: es – dentro de los límites de una reacción proporcionada a la infracción de la norma – la respuesta a una persona cuya infracción imputamos también a los déficit de madurez. La respuesta no implica no solo ayuda, sino también sanción y desaprobación; por tanto, no está situada exclusivamente en el bien entendido interés del menor (de todas maneras, en su interés fáctico regularmente no), sino en el de todos nosotros, en el interés público. Está ajustada a la imagen que el derecho penal juvenil tiene del adolescente, es la explicación de la norma bajo las especiales condiciones de *una responsabilidad reducida y al mismo tiempo creciente*. No busca satisfacer metas educativas desmesuradas, porque el tratamiento justo del implicado, en el marco de la proporcionalidad, está ya inscrito al parámetro de esta concepción de la prevención general positiva⁸¹.

Con ello, lo que “educación” significa en detalle y qué lleva consigo, está resuelto solo en líneas generales y corresponde a la concreta constelación. Desde la perspectiva del derecho penal juvenil, esta apertura no es lamentable, sino deseable. Abre, dentro de los límites del derecho, espacios para la creatividad profesional, para la diversidad y la aproximación al problema, que la Ley de Tribunales Tutelares de Menores y su práctica también aprovechan por completo. Que haya este tipo de espacios es inofensivo en la medida en que, como todos los espacios, tienen límites, al terminar en los principios de proporcionalidad e igualdad de la imputación. Esta delimitación es una tarea difícil, porque requiere una combinación concretizante de normas y constelación y con ello una cierta sensibilidad, tanto para la dimensión real del efecto educativo, como para el mensaje de la norma. Pero también trae consigo la posibilidad de cambios productivos como puede verse en los desarrollos de la compensación autor-víctima⁸², otras formas de mediación, la “pedagogía de la confrontación”⁸³ o el

⁸⁰ Esto se desarrolla – en un marco más grande – en mi ensayo sobre la rehabilitación (*Resozialisierung*), Hassemer, 2002b, especialmente, pp. 238 ss.

⁸¹ W. Hassemer, 1990, §§ 28-30.

⁸² M. Walter, 2004.

⁸³ Informes en *unsere jugend*, 3/2004.

entrenamiento contra la agresividad⁸⁴. El concepto de educación insiste en la obligación de asistencia del Estado punitivo también en constelaciones difíciles: en casos de emergencia, cuando todo lo demás bloqueado, adoptar al menos las precauciones posibles contra los efectos desocializadores del cumplimiento de la pena.

En todo caso, el concepto de educación en el derecho penal juvenil debería incentivar las diferenciaciones: quien no haga un mal uso del concepto como un camuflaje para asegurar una ejecución resignada de seguridad, está obligado a mirar con detenimiento las diferentes opciones, condiciones y límites de la educación, para desarrollar respuestas diferenciadas y por lo mismo apropiadas. Por ejemplo, podría prestar atención a que los “infractores persistentes”⁸⁵, no sólo por razones normativas, sino también empíricas, merecen otro tipo de actuaciones que quienes “han tropezado una vez” y en esta ocasión quizás aportan una contribución para que se extienda el conocimiento de que el concepto de educación del derecho penal juvenil no resulta falsificado porque fracase con una persona o con un grupo de personas. Se trata de dos verdades simples pero liberadoras: la educación funciona solo mediante la diferenciación, es decir, cuando el tipo y la cantidad de actuación se ajustan al afectado y su situación y: una intervención no diferenciada y por lo tanto fracasada⁸⁶ está hoy en condiciones de desacreditar y poner políticamente en riesgo culturas desarrolladas durante décadas de actuaciones humanitarias y propias del Estado de derecho.

b. Formalización en el derecho penal juvenil

aa. Concepto de formalización

La formalización es el gran producto del derecho penal del Estado de derecho⁸⁷. Convierte los controles sociales naturales en el instrumental de una sociedad civilizada; protege los derechos fundamentales de quienes están implicados en conflictos por desviación de la norma. Configura instituciones neutrales y poderosas de procesamiento de conflictos; anuncia su intervención ya antes de la comisión del delito y se mantiene en esa posición, se vincula a los principios de reserva, igualdad

⁸⁴ FR del 2.7.04 acerca de un proyecto en el centro de internamiento juvenil (JVA) Celle, FR del 24.02.2004 y FAZ del 21/07/2004 respecto del “Programa Anti-Bullying”; una crítica desde una perspectiva criminológica y constitucional en Rzepka, 2004, especialmente, pp. 129 ss.

⁸⁵ Crítico con este concepto y su trasfondo: Walter, 2003; sobre los extremos del debate y la práctica fiscal vid. v. Bebbler en la TAZ del 27.02.2004 y A. Molitor en el Berliner Zeitung del 07.01.2004; sobre el problema político-criminal: Bannenberg & Roessner, 2002, p. 53; acerca de un programa de investigación sobre este tema: Prittwitz, 2003; respecto de un plan piloto, Stahlmann-Liebelt, 2003.

⁸⁶ Vid. supra I.1.

⁸⁷ Véase Hassemer, 1990, pp. 136 ss., pp. 316 ss., pp. 320 ss.

de trato, carácter público de los procedimientos y verificación de las decisiones. La formalización debe caracterizar a todo derecho penal.

En la actualidad, el viento sopla en contra del concepto de formalización en el derecho penal general. Este viento procede de la poderosa y creciente exigencia de prevención efectiva, que nos ha arrastrado a todos, y que se satisface sobre todo, junto al derecho de la policía, en el derecho penal. Los indicadores son la extensión y la agravación de las amenazas penales y de los instrumentos de intervención, la nivelación de las diferenciaciones doctrinales, la reducción y la aceleración de los procedimientos, y la supresión de posiciones jurídicas inhibitoras de la efectividad⁸⁸.

Estoy convencido de que el ataque político criminal al concepto de formalización deja en cualquier caso al margen al derecho penal juvenil. Puede ocurrir y es lo próximo, que la necesidad de efectividad, aceleramiento y agravación del control en el derecho penal también fundamente e impulse el debate en torno a las reformas del derecho penal juvenil, que sobre esta fundamentación se presente la benevolencia como injusta y la reserva como criminógena. Bajo una mirada más cercana, se comprueba que el derecho penal juvenil tiene, más profundamente enterrada, su propia línea de conflicto con el concepto de formalización.

bb. Especificidades del derecho penal juvenil

Es fácil entender que el derecho penal juvenil también esté en oposición específica con la formalización⁸⁹. Ya el mencionado principio educativo ha acarreado críticas desde ese ángulo y le ha valido al derecho penal juvenil la recomendación de concentrarse, por el contrario, en los parámetros de la proporcionalidad⁹⁰; este es un indicador en dirección a la formalización. De hecho, la formalización está asociada a conceptos que contradicen directamente la especialidad del derecho penal juvenil. La formalización favorece la generalización y la igualdad de tratamiento, la estricta sujeción a principios, la transparencia, la neutralidad, la seguridad en todos los ámbitos y hasta en los detalles de la regulación, favorece una distancia similar respecto del conflicto y de los participantes. En estas connotaciones no se reconoce el derecho penal juvenil, pudiéndose afirmar, de forma agravante, que la especificidad emancipadora del derecho penal juvenil respecto del derecho penal de adultos se logra precisamente en la idea de formalización. Su autopercepción⁹¹ está asociada, de hecho, a conceptos opuestos al de formalización: concreción y atención, ocultación del objetivo, vitalidad y diversidad, interés y compromiso con la

⁸⁸ Documentos acreditativos y referencias en Hassemmer, 2000, pp. 248 ss., pp. 268 ss.

⁸⁹ Respecto de los primeros análisis, Fritsch, 1999, p. 137.

⁹⁰ Vid. supra III.2.a.

⁹¹ Ver arriba III.1.a.bb.: Sentido del Derecho penal juvenil.

persona individual. Transparencia y neutralidad son representaciones extrañas para él; la verificabilidad de las decisiones es importante, pero es una segunda opción, que palidece detrás de la corrección de las decisiones para los problemas y las personas. De todo esto se deriva que el concepto de la formalización tiene una importancia central para la autocomprensión del derecho penal juvenil en su relación y en su delimitación respecto del derecho penal de adultos.

La relación del derecho penal juvenil con el concepto de formalización se puede definir fácil y convincentemente a nivel abstracto; es en la aplicación de la definición de las particularidades cuando surgen preguntas y cuando quedan también preguntas abiertas.

En abstracto se podrá entender la formalización también en el derecho penal juvenil como determinación vinculante de los límites de las intervenciones. El parámetro para la determinación de los límites es la proporcionalidad con sus niveles de comprobación diferenciados entre injusto y culpabilidad por un lado e intensidad de la carga y de la intervención por otro; a este parámetro pertenecen también límites protegidos constitucionalmente para determinadas intervenciones como, por ejemplo, el mandato de tratamiento humanamente digno que, por ejemplo, tiene importancia en la discusión acerca de las consecuencias y la justificación del “arresto en escalada”⁹². Puesto que el derecho penal juvenil es derecho penal, está sometido sin excepciones a este parámetro general. Dentro de sus límites vinculantes, sin embargo, el derecho penal juvenil vive de la cercanía a las cosas, la experiencia, la diversidad, la fantasía y también de los experimentos. Esto afecta sobre todo a las consecuencias jurídicas y su ejecución, pero también a los procedimientos. Por eso mismo, no haré el intento de abarcarlas sistemática o conceptualmente, sino que me refugiaré en un ejemplo que debe mostrar la posibilidad y la dificultad de dar una respuesta adecuada de tales preguntas. El ejemplo tiene relación con las reflexiones sobre el valor de la educación en el derecho penal juvenil⁹³, lo amplía y lo dirige en una dirección específica.

Una de las preguntas, respecto de las cuales las particularidades del derecho penal juvenil son especialmente evidentes y que permiten experimentar además la velocidad de los desarrollos relevantes en este ámbito, se refiere a la participación de terceros en el tratamiento de los problemas del derecho penal de menores. En el derecho penal general esta pregunta está respondida con bastante claridad y concisión, en el derecho penal juvenil no, como se puede leer en la introducción de las instrucciones del § 10 JGG (“instrucción de acompañamiento”, “curso de entre-

⁹² Debates y referencias en P.-A. Albrecht, 1993, § 35 párrafo 2, p. 2.

⁹³ Vid. supra III.2.a.

namiento social⁹⁴) que abren el derecho penal juvenil a la participación de terceros de forma creciente, lo que plantea preguntas críticas de competencia y control. Más densos se muestran, sin embargo, los lineamientos respecto de la participación de los padres en el proceso penal contra su hijo. Aquí existe, tal como ha sostenido recientemente el Tribunal Constitucional Federal⁹⁵, un conflicto típico entre la pretensión punitiva del estado y el derecho de los padres a la educación de sus hijos, constitucionalmente garantizado, que abarca también la protección de los derechos del niño frente al Estado que castiga y por ello y garantiza por eso el derecho de los padres a estar presentes en el proceso penal juvenil.

Este conflicto entre la formalización jurídico penal, por un lado, y el derecho de padres y adolescentes, por el otro, puede ser equilibrado a través de una concordancia práctica: el derecho de los padres a estar presentes e intervenir será, también para protección del menor, un componente esencial del proceso penal juvenil; sin embargo, su limitación requiere de una ley determinada suficientemente, por lo tanto, un fundamento formal. Pienso que ambas pueden existir simultáneamente y de ese modo ambos derechos pueden ser optimizados.

Estructuralmente semejante, aunque muy diferente en la seguridad de la valoración, es un conflicto que llegó al debate público después de la matanza llevada a cabo por el joven estudiante de secundaria de 19 años en Erfurt⁹⁶. Como reacción a ese baño de sangre, la ley escolar del Estado federado de Renania Palatinado permite en los casos de problemas graves con un estudiante la información a los padres a través de la escuela, también si el estudiante es mayor de edad. Esta decisión ha sido respaldada por el Tribunal Constitucional del Estado Federado⁹⁷.

Al respecto no tengo una opinión definitiva – tan solo una tendencia. Me pregunto –y les pregunto a ustedes –, si acaso una reformulación del concepto de educación dentro de los límites de una estricta formalización del derecho penal juvenil no podría reforzar este derecho aún más. Me imagino que – en tanto esté garantizado el espacio de libertad de los afectados – la vitalidad, la diversidad y la capacidad de desarrollo del principio educativo podrían, no solo en la teoría, sino especialmente en la práctica, poner en movimiento el derecho penal de menores, hacer brillar los colores y apoyar sus defensas frente a la ocupación enemiga por parte del derecho penal de adultos.

Esto significaría para nuestros dos ejemplos que las informaciones de la escuela en su relación con los padres sobre el peligro de un estudiante mayor de edad no

⁹⁴ Información y opiniones diferentes en Schaffstein & Beulke, 2002, § 16 II, III, y P.-A. Albrecht, 1993, § 20 II, III.

⁹⁵ BVerfGE 107, p 104.

⁹⁶ Vid. Jeanne Rubner en el SZ del 13.07.2004.

⁹⁷ Az. B 2/04, informe en el *Berliner Zeitung* del 13.07.2004.

estarían cubiertas legalmente, sino que sólo estarían autorizadas bajo las estrictas condiciones formales del derecho de la policía y no relativizar demasiado de buena gana la protección de la autonomía de la persona; ya que no se trata solo de estudiantes, sino en general de seguridad. Por otro lado, sin embargo, esto supondría hacer sitio de nuevo en la conciencia del derecho penal juvenil no sólo al derecho educativo sino también el deber de educación, que según la Constitución incumbe a los padres de los menores de edad, y recordar a las instituciones de protección que el Estado también está afectado por el deber de educación⁹⁸. La poca atención que se da a los padres, denunciada en numerosas ocasiones, se manifiesta en la sociedad y en el Estado no sólo en su empeoramiento económico, sino también en la convicción por parte de las instituciones estatales de que ellas mismas son siempre mejores que los padres en la resolución de problemas, y que entonces es mejor actuar rápidamente por sí mismas cuando los padres no insistan en sus derechos.

Esto no es un llamado a configurar un derecho coactivo frente a los padres desinteresados y tampoco el desvarío escolástico de entender cualquier acto delictivo de un menor como manifestación de un déficit educativo. Es sólo una invitación a reflexionar sobre la posibilidad de resolver los problemas del derecho penal juvenil más con ayuda exterior al derecho penal y atenuar el aislamiento del derecho penal juvenil de su ambiente, en el que siempre cae de nuevo y siempre con mayor profundidad, debido a su proximidad con el derecho penal general formalizado.

IV. Conclusión

El derecho penal juvenil se encuentra actualmente bajo fuego pesado. Sus críticos quieren un acercamiento del derecho penal juvenil al derecho penal de adultos y un desmantelamiento de las diferenciaciones tradicionales; se sirven de simplificaciones radicales y remiten a casos aislados escandalosos. La ciencia y la praxis del derecho penal juvenil deben enfrentar esta crítica y determinar de nuevo sus buenas tradiciones; a ellas pertenece también el principio educativo.

Bibliografía

- Albrecht, H.-J. (2002). Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? Gutachten D für den 64. Deutschen Juristentag. München: Beck.
- Albrecht, H.-J. & Kilchling, M. (Ed.) (2002). Jugendstrafrecht in Europa. (Tomo 100). Freiburg: MPI.

⁹⁸ Art. 6.2 GG: "El cuidado y la educación de los niños es el derecho natural de los padres y un deber que les incumbe primordialmente. La comunidad estatal vigila su puesta en marcha".

- Albrecht, P.-A. (1993). *Jugendstrafrecht*. (2.^a edición). München:Beck.
- Arbeitskreis Strafprozessreform (1983). *Die Untersuchungshaft.Gesetzesentwurf mit Begründung*.
- Ariès,P. (2003). *Geschichte der Kindheit*. (15.^a edición). München: dtv.
- Arzt, G. (1976). *Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- ASJ Hamburg (Ed.) (1999). *Jugendkriminalpolitik: Zurück in die Zukunft? Für einen rationalen Umgang mit Jugendkriminalität*.
- Beck, U. (2003). *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in die Moderne*.Frankfurt: Suhrkamp.
- Berg, K., Kohl, H. & Kübler, F. (1992). *Medienrechtliche Entscheidungen. Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Presse- und Rundfunkrecht*.
- Böhm, A. (1996). *Einführung in das Jugendstrafrecht*. (3.^a edición). München: Beck.
- Busch, T.P. & Scholz, O.B. (2003). *Neuere Forschung zum § 105 JGG. Die Bonner Delphi-Studie. Ein Zwischenbericht. Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 421 ss.
- Damm, R. (1993). *Neue Risiken und neue Rechte*. ARSP, 79,159 ss.
- Dreier, H. (Hrsg.) (1998). *Grundgesetz. Kommentar, Tomo II*.
- Dünkel, F. (2003). *Heranwachsende im Jugendstrafrecht in Deutschland und im europäischen Vergleich*. DVJJ-Journal, 14 (1), 19-27.
- Fritsch, M. (1999). *Die jugendstrafrechtliche Reformbewegung (1871-1923). Die Entwicklung bis zum ersten Jugendgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Diskussion über die Altersgrenzen der Strafmündigkeit*. Freiburg: MPI.
- Hassemer, W. (1974). *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Wiesbaden: Verlag Sozialwissenschaften.
- Hassemer, W. (1973/1980). *Theorie und Soziologie des Verbrechens.Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*. Europäische Verlagsanstalten.
- Hassemer, W. (1990). *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. (2.^a edición). München: Beck.
- Hassemer, W. (1997). *Sicherheit – vom Strafprozess her gesehen*. In Bizer & Koch (Hrsg.), *Sicherheit, Vielfalt, Solidarität* (pp. 23 ss.).
- Hassemer, W. (2000). *Strafen im Rechtsstaat*. Baden-Baden: Nomos.
- Hassemer, W. (2002a). *Polizei im Rechtsstaat*. In Scritti in onore di Alessandro Barranta (pp. 333 ss.).

- Hassemer, W. (2002b). Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention. In Festschrift Lüderssen (p. 221 ss.).
- Hassemer, W. (2004a). Die Medien: Inszenierung der Wirklichkeit. Inszenierung der Privatheit? In Roters, Klingler & Gerhards (Hrsg.), *Medienzukunft – Zukunft der Medien* (p. 23-35).
- Hassemer, W. (2004b). *Religiöse Toleranz im Rechtsstaat*. München: Beck.
- Hassemer, W. & Reemtsma, J.Ph. (2002). *Verbrechensopfer.Gesetz und Gerechtigkeit*. München: Beck. Hefendehl, R. (2000). *Täter und Opfer bei kindlicher Gewaltkriminalität*. Juristenzeitung, 600 ss.
- Henssler, M. & Koch, L. (Ed.) (2004). *Mediation in der Anwaltspraxis* (2.^a edición).
- Herzog, F. (1991). *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich. Hinz, W. (2001). *Jugendstrafrecht auf dem Prüfstand*. Zeitschrift für Rechtspolitik, 106-112.
- Kilchling, M. (2002). *Vergleichende Perspektiven. Grundsätze des Jugendstrafrechts im europäischen Ausland und der Türkei*. In H.-J. Albrecht & M. Kilchling (Ed.), *Jugendstrafrecht in Europa* (Tomo 100; pp. 475-532). Freiburg: MPI.
- Klosinski, G. (1997). *Der Umgang mit strafrechtlicher Verantwortlichkeit im europäischen Ausland unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz*. DVJJ-Journal, 8 (4), 402-407.
- Kornprobst, H. (2002). *Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?* Juristische Rundschau, 309 ss.
- Meier, B., Rössner, D. & Schöch, H. (2003). *Jugendstrafrecht*. München: Beck.
- Minthe, E. (Ed.) (2003). *Neues in der Kriminalpolitik– Konzepte, Modelle, Evaluation*. Wiesbaden: Kriminologische Zentralstelle.
- Naucke, W. (1999). *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozessrecht*.
- Naucke, W. (2000). *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte.
- Naucke, W. (2002). *Strafrecht. Eine Einführung* (10.^a edición).
- Paul, A. (2003). *Reform der Altersstufen im Jugendstrafrecht*. Zeitschrift für Rechtspolitik, 204 ss.
- Pfeiffer, C. (2004). *Dämonisierung des Bösen*. FAZ del 05.03.2004, p. 9.

- Plack, A. (1974). Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts.
- Prittitz, C. (1993). Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft.
- Prittitz, C. (2003). „Intensivtäter“ und „Intensivstrafverfolgung“ – Die „Gemeinsame Arbeitsgruppe Amtsanwaltschaft/Staatsanwaltschaft/Polizei“ Frankfurt/Main. In E. Minthe (Ed.), Neues in der Kriminalpolitik– Konzepte, Modelle, Evaluation (p. 153 ss.).
- Rössner, D. & Bannenberg, B. (2002). Deutschland. In H.-J. Albrecht & M. Kilchling (Ed.), Jugendstrafrecht in Europa (p. 51 ss.). Freiburg: MPI.
- Rzepka, D. (2004). Anti-Aggressivitäts-Training – Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher und kriminologischer Sicht. unsere jugend, 126 ss.
- Schaffstein, F. & Beulke, W. (2002). Jugendstrafrecht. Eine systematische Darstellung (14.^a edición). Stuttgart u.a.: Kohlhammer.
- Schüler-Springorum, H. (2001). Hundert Jahre Jugendgerichtsbarkeit. En: G. Britz et al. (Ed.), Grundfragenstaatlichen Strafens (FS Müller-Dietz) (pp. 821-840). München: Beck.
- Stahlmann-Liebelt, U. (2003). Modellvorhaben Vorrangiges Jugendstrafverfahren in Schleswig-Holstein. En: E. Minthe (Ed.), Neues in der Kriminalpolitik – Konzepte, Modelle, Evaluation (pp. 139 ss.).
- Streng, F. (2003). Jugendstrafrecht zwischen Hilfe und Repression In Festschrift Androulakis (pp. 1233 ss.).
- Treiber, H. (1973). Widerstand gegen Reformpolitik. Institutionelle Opposition im Politikfeld Strafvollzug.
- Walter, M. (2003). Jugendkriminalität in zeitbedingter Wahrnehmung. Der Intensivtäter – empirische Kategorie oder kriminalpolitischer Kampfbegriff? Recht der Jugend und des Bildungswesens, 272 ss.
- Walter, M. (2004). Mediation im strafrechtlichen Bereich: der Täter-Opfer-Ausgleich. In M. Henssler & L. Koch (Ed.), Mediation in der Anwaltspraxis (2.^a edición, pp. 605 ss.).
- Weber, V. (2000). Verschärfung der gesetzlichen Maßnahmen gegenüber Kinder- und Jugenddelinquenz. Deutsche Richterzeitung, 297 s.
- Werwigk-Hertneck, C. & Rebmann, F. (2003). Reformbedarf im Bereich des Jugendstrafrechts? Zeitschrift für Rechtspolitik, 225-230.

Weyel, F.H. (2003). Der Richter ist kein Erzieher. Das Jugendstrafrecht braucht mehr
Verlässlichkeit, mehr Transparenz und hochwertige Hilfsangebote. Frankfurter
Rundschau del 08.10.2003, p. 9.

Wolflast, G. (1997). Strafrecht für Kinder? Zur Frage einer Herabsetzung der Stra-
fmündigkeitsgrenze. En: Festschrift. Bemann (pp. 274 ss.).

IV. Menores entre culpabilidad y responsabilidad

¿Qué puede aportar a la comprensión del derecho penal juvenil una teoría de la culpabilidad y la responsabilidad orientada hacia los fines de la pena?

Christian Jäger *

La discusión del derecho penal juvenil está dominada desde siempre por la pregunta relativa a la relación entre prevención especial y prevención general. Con este hecho de fondo, el presente artículo pretende mostrar que una teoría de la culpabilidad y la responsabilidad orientada como mínimo también a los fines de la pena puede aportar especificaciones significativas para la superación de ámbitos problemáticos del derecho penal juvenil. Para ello es necesario, no obstante, que la prevención especial y la general no sean percibidas como contrapuestas, sino que sean consideradas como determinantes que se complementan. Para el derecho penal juvenil esto significa que la promoción justificada del principio educativo, de naturaleza preventivo especial, encuentre su pareja en el lado preventivo general en el objetivo de la prevención integración. Sobre la base de los problemas en derecho penal juvenil seleccionados, se deberá explicar a continuación esta conexión, que hasta el momento ha pasado desapercibida.

I. La relación entre educación y sanción como problema principal del derecho penal juvenil

En el año 1936, *Kohlrausch* escribe una frase en la introducción de su escrito "Für das Jugendgericht" ("Para el tribunal juvenil") que ha permanecido actual hasta el día de hoy: "El problema del derecho penal juvenil es la re-

* Doctor en Derecho, profesor de la Universidad de Bayreuth. Traducción ad honorem a cargo de Beatriz Cruz Márquez. Agradecemos al profesor Jäger la autorización para traducir y publicar este artículo. Publicado originalmente en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 6/2003.

lación entre sanción y educación”¹. De este modo, el principio educativo encuentra una de sus manifestaciones más significativas en las medidas educativas. La Ley de Tribunales de Menores (JGG) aclara expresamente que también la pena juvenil debe tener una función educativa, en la medida en que en su § 18 II, exige que la pena debe determinarse de forma tal que sea posible la consecución del necesario efecto educativo. A pesar de este punto en común superficial, *Karl Peters* advirtió ya en 1943 que existe una diferencia esencial entre la medida educativa y la pena: “en la medida educativa el principio educativo es el factor que determina la medida. El principio educativo domina la medida educativa. En el caso de la pena el principio educativo sólo es una circunstancia que determina su ejecución. En la pena, el principio educativo sólo repercute cuando la esencia y la finalidad de la sanción lo permiten. Por mucho que se moldee la pena bajo una perspectiva educativa, esta significa retribución por la infracción del derecho, expiación de la culpa del delincuente y seguridad para la comunidad”².

A pesar de todo, también *Peters* quiso, junto con la posición mayoritaria hasta nuestros días, conceder prioridad al principio educativo en el derecho penal juvenil: “ya que el adolescente... tiene aún en esencia la personalidad sin forjar” y “porque el efecto preventivo general de la pena se sobreestima en la mayoría de los casos”³. Mientras tanto, todavía resulta controvertido el rol de los aspectos preventivos generales en la determinación de las medidas del derecho penal juvenil. Por ejemplo *Albrecht* ha hecho valer la afirmación de que el concepto “educativo” de la Ley de Justicia Juvenil (JGG) no puede saltar sobre la sombra del derecho penal, de manera que, según su opinión, la educación sólo es función de la sanción, o por lo menos sancionar es una función de la educación⁴. De forma comparable, *Bottke* también considera que “el derecho penal juvenil tiene asignada una función preventivo general”⁵.

¹ *Kohlrausch*, Für das Jugendgericht, 1936, p.1. Para más información acerca de esta difícil relación, cfr. *Beulke*, en: Rössner (ed.), Toleranz – Erziehung – Strafe, 1989, p. 65; ahí mismo, K. Meyer-GS, 1990, p. 766; Böhm, *Einführung in das Jugendstrafrecht*, tercera edición, 1996, § 3; Bohnert JZ 1983, 517; *Dölling RdJB* 1993, 369; Eisenberg, JGG, cuarta edición, 1997 de motivos para los §§ 1 y 2, núm. marginal 4; *Schaffstein/Beulke*, Derecho penal juvenil, edición 14ª, 2002, § 1 I; *Schlüchter, Plädoyer für den Erziehungsgedanken*, 1994, p. 26 ss.; *Schüler-Springorum DVJJ-Journal* 1992, 4; *Streng ZStW* 106 (1994), 60; todos con numerosas referencias adicionales.

² *K. Peters*, *Werdendes Jugendstrafrecht*, 1943, p. 17 s. En el año 1990 se puede leer de manera muy similar en *Beulke*, K. Meyer-GS, p. 683: “Tanto como la educación no puede entenderse sin castigo, el castigo sirve a la educación.”

³ *K. Peters* (nota a pie núm. 2), p. 18 s.

⁴ *Albrecht*, *Jugendstrafrecht*, tercera edición, 2000, § 8 III 5.

⁵ *Bottke*, *Generalprävention und Jugendstrafrecht aus kriminologischer und dogmatischer Sicht*, 1984, p. 1. Hoy en día, en la mayoría de los casos, se parte de la idea de que existe un objetivo

Para el derecho penal juvenil se advierte generalizadamente en este contexto que “la categoría penal de la *culpabilidad* debe ser interpretada *atendiendo a las especificidades del adolescente*”⁶, pues éste se encuentra en un estadio del desarrollo, en la búsqueda de una posición responsable dentro del sistema social⁷. Con ello se aborda ya sin embargo una polaridad que domina en gran medida el derecho penal juvenil. Por un lado se trata de la capacidad de reaccionar normativamente por parte del joven, en referencia a las normas y valores sociales, y por el otro del trato que ofrece la sociedad al adolescente. Esta polaridad remite inmediatamente al debate dogmático penal acerca de la categoría de la culpabilidad. Al respecto, *Albrecht* nombra dos bandos: “Unos quieren dejar la categoría de la culpabilidad bien sola o bien llenarla de contenido en mayor medida con las consideraciones propias de los fines de la pena, entre los que prevalece el preventivo general... Los otros - defensores de una «categoría básica de culpabilidad» – quieren aferrarse al principio del «poder actuar de otro modo», es decir, a una acentuación del espacio de libertad” y, en consecuencia, entienden la culpabilidad al margen de la fijación de cualquier finalidad preventiva como motivabilidad normativa.

De hecho, se hace referencia a dos corrientes decisivas en el marco de la discusión acerca de la culpabilidad: La primera concepción hay que asignarla a Jakobs, quien considera que la culpabilidad es prevención general en su totalidad. Es evidente que tal concepto de culpabilidad, que sólo mantiene el nombre⁸, no sirve para el derecho penal juvenil. Pues una teoría orientada unilateralmente a la prevención general, que relaciona la determinación de la culpabilidad únicamente con el objetivo de confirmar “la exactitud de la confianza en la exactitud de una norma”⁹, obviamente pierde de vista el principio educativo, regidor (también legalmente) del derecho penal juvenil. Por otra parte, un concepto de culpabilidad basado solamente en la receptividad normativa, no es capaz de explicar de manera plausible los límites de edad que dominan el derecho penal juvenil, tal y como se mostrará a continuación.

preventivo general en el derecho penal juvenil: Cfr. *Dölling DVJJ*, núm. 13, 1984, 259; el mismo, *ZStW* 102 (1990), 1; *Schöch*, *Jescheck-FS*, 1985, p. 1102; el mismo, *Krim-Forschung* 80 (1988), 227; el mismo, en: *Jehle* (ed.), *Kriminalprävention und Strafjustiz*, 1996, p. 292. Crítica al respecto, *Schlüchter* (nota a pie núm. 1), p. 26 s.; la misma *GA* 1988, 106 ss.; *Mittermaier*, *Strafe und Erziehung, Sühne und Besserung*, en: *Simonsohn* (ed.), *Jugendkriminalität, Strafjustiz und Sozialpädagogik*, 1969, p. 59 s.; *Walter*, en: *Wolff/Marek* (eds.), *Erziehung und Strafe*, 1990, p. 51 ss., todos con numerosas referencias adicionales.

⁶ *Albrecht*, *Jugendstrafrecht*, § 30 III 2 *in fine*.

⁷ *Specht*, en: *Venzlaff* (ed.), *Psychiatrische Begutachtung*, 1986, p. 363.

⁸ Crítico al respecto con razón, *Roxin*, *Brauneck-FS*, 1999, p. 392.

⁹ *Jakobs*, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 10, 31; el mismo, *Strafrecht AT*, segunda edición, 1991, 17/18 ss.

Es importante señalar además y sobre todo para el derecho penal juvenil, que la discusión referente a la culpabilidad no puede limitarse de ninguna manera a la dicotomía descrita por *Albrecht*. De hecho, *Roxin* contrapone a estos conceptos un modelo en el cual la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena son definidas como condiciones de la responsabilidad jurídico penal¹⁰. Según esta comprensión dualista, a la motivabilidad normativa del delincuente como culpabilidad en sentido estricto, se debe sumar la necesidad preventivo especial y preventivo general de pena, como culpabilidad en sentido lato, para poder responsabilizar al autor por el delito. Partiendo de este hecho, *Roxin* adscribe culpabilidad en sentido estricto, como casos de carencia de receptividad normativa, a la inimputabilidad, así como al error de prohibición y a la incompetencia individual en la imprudencia¹¹. En cambio, entiende como regulaciones de la culpabilidad en sentido lato, el estado de necesidad disculpante legal y supralegal según el § 35 del Código Penal alemán (análogo), así como el exceso en la legítima defensa del § 33. En ese sentido, “la pena siempre presupone culpabilidad, de manera que ninguna necesidad preventiva de penalización puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad”¹². Mejor dicho, la exigencia adicional de una necesidad preventiva de sanción tiene un efecto restrictivo sobre la penalidad.

Ahora, si el derecho penal juvenil, como se ha mostrado anteriormente, deriva su problemática de la difícil relación entre educación y castigo, se impone la pregunta acerca de si es posible deducir soluciones dogmáticas más razonables de lo que ha sido posible hasta el momento de semejante comprensión dualista de la responsabilidad. Pues un concepto de culpabilidad que incluya puntos de vista preventivo generales y preventivo especiales, podría ser más apropiado para tener en cuenta el concepto básico de dos vías, mayoritario en la justicia juvenil. La siguiente exposición se dedicará a la cuestión relativa al rol de una comprensión preventivo especial y preventivo general de la responsabilidad, mediante definiciones espe-

¹⁰ *Roxin*, *Strafrecht AT/II*, tercera edición, 1997, § 19 número marginal 1: en pro de la concepción *Amelung*, en: Schünemann (editor), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 98, *Schünemann*, ahí mismo, p. 169; *Lackner*, *Kleinknecht-FS*, 1985, p. 262; *Rudolphi*, en: Bönner/de Boor (eds.), *Unrechtsbewußtsein*, 1982, p. 27 ss.; *Wolter GA* 1996, 212 ss. De opinión contraria *Schöneborn ZsTW* 88 (1976), 369 ss.; *Burkhardt GA* 1976, 321 ss.; *Koriath*, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, p. 562; *Stratenwerth*, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldbegriffs*, 1977, p. 21 ss.

¹¹ Aquí y en lo siguiente *Roxin*, *Brauneck-FS*, p. 393.

¹² Aquí y en lo siguiente *Roxin*, *AT/1*, § 19, núm. marginal 7. *Loos*, en: *Wolff/Marek* (editores), *Erziehung und Strafe*, 1990, p. 89, expresa el temor de que un concepto de culpabilidad que se basa en la prevención general positiva derogue la función limitadora de las sanciones que desempeña la culpabilidad en el derecho penal juvenil; por lo que comparte el concepto de culpabilidad de *Jakobs*, pero no el modelo de responsabilidad de *Roxin*.

cialmente controvertidas del derecho penal juvenil. En este contexto, como la Ley de Tribunales de Menores (JGG) prevé junto a la pena las medidas educativas, se debe sustituir el término “necesidad de punición” (“Betrafungsnotwendigkeit”) por el de “necesidad de sanción” (“Sanktionsnotwendigkeit”) cuando no se trate de la aplicación de la pena juvenil en virtud del § 17 de la Ley de Tribunales de Menores (§ 17 JGG) como una verdadera pena criminal. Esta particularidad terminológica no altera el hecho de que en lo sucesivo se asume el concepto propuesto por *Roxin*; por el contrario, sólo se pone de manifiesto que la comprensión de la culpabilidad y de la responsabilidad por él defendida precisa siempre obviamente de una traducción específica para el derecho penal juvenil.

II. Problemas individuales del derecho penal juvenil en el ámbito de prevención especial y prevención general

Numerosos problemas individuales del derecho penal juvenil se deben hasta hoy a la dicotomía¹³ descrita anteriormente “educación y castigo”. Los puntos de contacto entre aspectos preventivo especiales y preventivo generales se producen sobre todo en la fijación de los límites etarios relevantes para la sanción y en la imposición de la pena juvenil como única sanción criminal en sentido estricto. Precisamente estos ámbitos problemáticos deben ser analizados en detalle a continuación sobre la base del concepto dualista de responsabilidad aportado por *Roxin*.

1. Exclusión de la sanción preventiva

El mismo *Roxin* indicó ya una primera consecuencia en el derecho penal juvenil de la concepción de culpabilidad y responsabilidad anteriormente descritas. Se trata del § 19 del Código Penal alemán (§ 19 StGB), según el cual las personas que no tienen 14 años al cometer el delito, son incapaces de culpabilidad. Mientras que la opinión dominante ve en este punto una presunción irrefragable de la falta de madurez intelectual y/o moral¹⁴, *Roxin* entiende esta norma como “regulación de la exclusión de responsabilidad... que puede radicar bien en que el niño aún no era capaz de motivarse normativamente, o bien en que no existe ninguna necesidad preventiva de sanción”¹⁵. Según esta idea, se considera muy posible la culpabilidad en sentido estricto en un niño, pero se niega la responsabilidad (en el sentido de una sanción estatal demandada por la comunidad jurídica).

¹³ Cfr. para esta dicotomía *Rössner*, en: Wolff/Marek (eds.), *Erziehung und Strafe*, 1990, p. 18 ss.

¹⁴ Cfr. solamente *Jähnke*, en: LK, edición 11, 1992 ss., § 19 núm. marginal 1, con más referencias.

¹⁵ *Roxin*, AT/1, § 20 núm. marginal 49.

De hecho, la suposición de que el niño con 13 años y 364 días de edad no es capaz de motivarse normativamente y que tal capacidad entra como un rayo en el adolescente en su decimocuarto cumpleaños, es completamente descabellada¹⁶. La exención de pena para personas menores de 14 años se basa más bien en la negación por parte del legislador –también en el caso de que exista culpabilidad– de la necesidad preventivo especial y preventivo general de sanción. Hay que reconocer que el § 19 del Código Penal alemán (§ 19 StGB) – a diferencia del § 3, frase 1 de la Ley de Tribunales de Menores (§ 3 S. 1 JGG) – renuncia completamente a la constatación de la madurez moral e intelectual. Pero esta renuncia se explica sólo preventivo especial y preventivo generalmente, ante la posibilidad de dicha constatación. En este sentido, es preciso tener en cuenta que el Derecho Civil en el § 828 II del Código Civil alemán (§ 828 II BGB) da absolutamente por sentado la verificabilidad de la capacidad de comprensión entre los menores de edad a partir de los siete años. Por eso la renuncia general del derecho penal a esta constatación hasta los 14 años de edad no se puede explicar de otra forma que con la referencia a una falta general de necesidad de pena¹⁷. Pues la comunidad jurídica considera los delitos de los niños como excepciones que desde el punto de vista preventivo general no necesitan de una sanción penal, y que desde el punto de vista preventivo especial podrían ser incluso contraproducentes. El propio sensacionalismo de los medios de comunicación provocado por los delitos cometidos por niños, es más bien una prueba de su carácter excepcional que de una necesidad punitiva y se demuestra que la prevención especial y la prevención general están contrapuestas, sino que una pena contraindicada para el autor tampoco puede ser de interés para la comunidad jurídica. Será preciso referirse más adelante a esta relación complementaria entre la prevención especial y la prevención general – especialmente perceptible en el derecho penal juvenil –.

2. Limitaciones de la necesidad preventiva de sanción

a) La comprensión de la responsabilidad desarrollada por Roxin, resulta confirmada de la forma más clara por el § 3 de la Ley de Tribunales de Menores (§ 3 JGG). Pues según este párrafo una sanción del derecho penal juvenil presupone siempre culpabilidad en el sentido de capacidad para dejarse motivar por la norma, siendo imposible reemplazarla por reflexiones penales preventivo especiales o preventivo

¹⁶ Cfr. también *Lange*, en: LK, edición 10ª, 1978 ss. § 19 núm. marginal 2, quien llama a esto justificadamente una “en gran medida una ficción”.

¹⁷ Característico al respecto es que el aumento de la edad penal de 12 a 14 años se haya justificado diciendo que niños que van aún a la escuela no deben ser sentados ante un juez (proyecto de ley de la Ley de Tribunales de Menores (JGG) del 24.10.1922. Acta del Parlamento, primer periodo electoral, 1920, vol. 375, anexo número 5171, fundamento p. 8). Esto es claramente una aproximación político criminal, basada en consideraciones relativas al fin de la pena.

generales. Esta prescripción es por ello el ejemplo más insistente, de que una teoría de la culpabilidad orientada puramente a los fines, tal como la defiende Jakobs¹⁸, no está cubierta en ningún caso por el derecho penal juvenil. Más bien § 3 de la Ley de Tribunales de Menores (§ 3 JGG) confirma que, por un lado, para el derecho penal juvenil la atribución de culpabilidad individual es también una condición necesaria¹⁹, y que, por el otro, al adolescente le es aplicable el catálogo de sanciones, por lo general más benévolo, previsto en la Ley de Tribunales Tutelares; lo que sólo se puede aclarar desde el telón de fondo de una reducida necesidad preventivo especial y preventivo general de sanción.

b) También la aplicación de la Ley de Tribunales de Menores al joven adulto en el marco de los §§ 105 ss. (§§ 105 JGG)²⁰ sólo se puede explicar basándose en el enfoque preventivo especial y preventivo general que se acaba de describir. Es decir, si los jóvenes adultos, esto es, personas que en el momento de cometer el delito son mayores de 18 pero todavía no tienen 21 años (§ 1 II JGG), tienen la misma posición que los adultos por lo que se refiere a la culpabilidad y sin embargo los §§ 105 ss. JGG prevén para ellos las mismas normas especiales del derecho penal juvenil por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas, esto no se puede entender sobre la base de un concepto de culpabilidad completamente libre de la finalidad de la pena. Pues la ley parte de la base de que el joven adulto dispone completamente de capacidad para dejarse motivar por la norma y por lo tanto de culpabilidad en sentido estricto²¹. El que las consecuencias jurídicas se adapten al derecho penal juvenil cuando concurren las condiciones del § 105 I, n.º 1 o n.º 2 JGG (esto es, en el caso de que el joven adulto muestre el grado de madurez propio de un adolescente y/o haya cometido una infracción juvenil), sólo puede ser entendido como expresión de una necesidad preventivo especial y general de pena (aún) disminuida. Únicamente este punto de vista coincide con la ratio del § 105 JGG: El joven adulto se encuentra pese a su mayoría de edad en una fase transitoria, que le dificulta con frecuencia comportarse de manera conforme a la norma. A pesar de su capacidad de comprensión del carácter injusto del hecho, el joven adulto merece indulgencia, en la medida en que en el momento de la comisión del delito y tras una valoración global

¹⁸ Vid. supra I en nota a pie núm. 9.

¹⁹ Insistentemente partidario de conservar el principio de la culpabilidad como límite de la sanción en el derecho penal juvenil, *Loos* (nota a pie núm. 12), p. 83 ss.

²⁰ Sobre este artículo, detalladamente y con muchos datos numéricos, Ostendorf, JGG, Fundamentos para §§ 105-106 JGG, núm. marginal 5 ss.; el mismo DRIZ 2000, 298 para propuestas de lege ferenda (eliminación del § 105 JGG por una parte y aplicación general del derecho penal juvenil a los jóvenes adultos por la otra) como *Albrecht*, *Jugendstrafrecht* § 12 V.

²¹ Cfr. solamente la sentencia de la sala de lo penal del Tribunal Supremo 5, 207; Tribunal Supremo alemán, RdJ 62, 316; *Schaffstein/Beulke*, *Jugendstrafrecht*, § 8 I 1.

de su personalidad en cuanto al desarrollo moral o²² intelectual, se le pueda equiparar a un adolescente, o lo que es lo mismo: cuando en el tipo de delito (objetivo) o en sus motivos (subjetivos) destaquen modos de actuar propios de un adolescente²³. De ahí que las alternativas se deban entender como una reducción de la necesidad preventiva de pena siempre y cuando en el joven adulto las “fuerzas del desarrollo tengan aún un gran efecto”²⁴ o si el delito representa una típica infracción juvenil, de manera que, bajo estas condiciones, se puede mostrar comprensión por parte de la sociedad con el delincuente. El hecho de que el límite de edad esté fijado en los 21 años, no está referido en ningún caso a cada delincuente individualmente, sino que en todo caso se entiende sobre la base de un compromiso general de la sociedad respecto de una necesidad reducida de pena²⁵.

3. La influencia de la necesidad preventiva de pena preventiva en el marco de la pena juvenil según el § 17 II JGG

Cabe denominar al § 17 II JGG la cabeza de Jano del derecho penal juvenil, ya que con los términos de “tendencias dañinas” (“schädliche Neigungen”) y “gravedad de la culpa” (“Schwere der Schuld”) formula dos puntos de vistas aparentemente contradictorios como fundamento de la posible sanción.

a) La expresión “tendencias dañinas” procede incluso de la Ley de Tribunales de Menores (JGG) de 1943²⁶, acuñada en el nacionalsocialismo, y ha sido criticada con frecuencia en la literatura en referencia a su disponibilidad y su efecto estigmatizante²⁷. Según la opinión mayoritaria, se deben suponer las tendencias dañinas en los supuestos en que concurren carencias que, sin una educación general mantenida en el tiempo, implican el peligro de la comisión de más delitos de este tipo,

²² La posición mayoritaria entiende que hay que leer el „y” como un “o” en el § 105 de la JGG. Cfr. solamente *Böhm*, Einführung in das Jugendstrafrecht, p. 49.

²³ Cfr. también *Brauneck* ZStW 77 (1965), 209 ss. Ya antes, *Potrykus*, Kommentar zum JGG, 1955, § 105, nota a pie num. 2.

²⁴ Sentencia de la sala de lo penal del Tribunal Supremo 36, 40; 12, 118.

²⁵ Vid. supra, II. 2.

²⁶ Cfr. *Schlüchter* (nota a pie núm. 1), p. 21.

²⁷ *Eisenberg*, JGG, § 17 núm. marginal 28, el mismo, *Bestrebungen zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes*, 1984, p. 26 ss. con numerosas referencias adicionales. Vid. también *Albrecht*, Jugendstrafrecht, § 30 II 1, 2, quien de lege ferenda exige la eliminación de esa categoría; así también *Dünkel* Neue Kriminalpolitik 4/1989; DVJJ-Kommission, en: DVJJ Journal 1992, 34. Para la eliminación, cfr. *Bald*, Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen, 1995, p. 44 ss. y p. 69 ss., quien añade una crítica de carácter jurídico, ya que la construcción de las “tendencias dañinas” choca contra el principio de la culpabilidad individual, y finalmente se recurre a la culpabilidad por la forma de conducir la vida (“Lebensführungsschuld”) (*Bald*, en el lugar citado, p. 73 s.).

que no sean sólo “fastidiosos para la comunidad” o tengan el carácter de delitos de bagatela²⁸. Con esa condición, el principio educativo se manifiesta de manera que sólo se considera adecuada una pena juvenil cuando parece ser indispensable para reintegrar al menor en el orden social²⁹. De este modo, la necesidad de una actuación preventivo especial más larga resulta decisiva en estos casos para la aplicación de la pena juvenil. Al mismo tiempo, tal exigencia es indicativa normalmente también de la necesidad preventivo general de aplicación de la pena juvenil, ya que la educación del individuo también representa un deseo de la sociedad respecto del menor infractor. Esto se deduce ya del tenor literal del § 17 II, 1ª alternativa de la JGG, con el requisito de las tendencias dañinas se refiere directamente a los efectos perturbadores del delito para la sociedad y califica de este modo a la prevención especial como un fenómeno socialmente útil³⁰. Sobre esta complementariedad entre la prevención especial por un lado y la prevención general por otro lado se volverá enseguida más adelante, en el marco del § 17 II, 2ª alternativa de la JGG.

Por lo que se refiere al delito en sí, en primer lugar no se debe exigir sólo la realización antijurídica de un tipo delictivo, sino que también debe ser culpable en sentido estricto, es decir, causado en estado de motivabilidad normativa³¹. Sin embargo, es preocupante que la jurisprudencia y la literatura parten de la idea de que ya en el primer delito de un adolescente podría manifestarse una tendencia dañina. Lo que resulta cuestionable, aunque en estos casos se exija el diagnóstico de carencias en la personalidad, que hayan tenido influencia en el delito y que permiten temer la comisión de más delitos en el futuro³². Pues se pasa por alto que sólo se puede reclamar la necesidad preventivo especial y general de sanción para la aplicación de una pena juvenil cuando otros métodos educativos no sean suficientes. Por eso la tendencia dañina se debe deducir del delito. No obstante, si la tendencia dañina solamente se puede eliminar con la aplicación de una pena juvenil, hay que averiguarlo en el mejor de los casos sobre la base de un pronóstico. Pero esto no es cuestión del hecho delictivo, sino de la

²⁸ Cfr. solamente *Eisenberg*, JGG, § 17 núm. marginal 18, muy similar también Sentencia de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo II, 169 ss.; Tribunal Supremo alemán StV 1981, 77; 1992, 431; Tribunal Supremo alemán, providencia del 17.3.1995, RÜ NStZ 1995, 535.

²⁹ Cfr. Tribunal Supremo alemán en *Böhm* NStZ 1998, 289, quien justificadamente constata que la sanción juvenil no tiene sentido y es ilícita, cuando las tendencias dañinas disminuyen después del delito y no están presentes en el momento del proceso.

³⁰ Demasiado parcial por eso, *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht § 22 II, antes de 1, quienes parten de la idea de que el punto de vista de la lucha contra las tendencias dañinas es de carácter puramente preventivo especial. En ese caso omiten que una educación holística más larga es de interés social ya que sólo de esta manera se puede reintegrar socialmente al adolescente.

³¹ Respecto de esta condición previa vid. también *Tenckhoff* JR 1977, 485.

³² Providencia del Tribunal Supremo alemán del 30.5.1983, RÜ NStZ 1983, 448; *Böhm*, Einführung in das Jugendstrafrecht, p. 203.

“sensibilidad educativa” (“Erziehungsempfänglichkeit”) del infractor, que no se puede determinar con seguridad previamente. Precisamente porque el derecho penal juvenil conoce menos posibilidades educativas de carácter intensivo, se debería interpretar el § 17 II, 1ª alternativa de la JGG de manera que sólo se debería recurrir al instrumento de la pena juvenil cuando las medidas educativas más suaves hayan fracasado con anterioridad³³ y concurra una especial gravedad de la culpabilidad (§ 17 II, 2ª alternativa de la JGG). De hecho, § 17 II, 1ª alternativa de la JGG exige expresamente que las tendencias dañinas deben destacarse *en el delito*. Sin embargo esto significa sobre todo, según la interpretación propuesta, una referencia del legislador de que el hecho que tiene que ser juzgado – comparable con la formulación “del motivo” en el § 5 JGG³⁴ – debe tratarse de un síntoma de las tendencias dañinas, lo que se debe negar en el caso de hechos instantáneos que no demuestran tener similitudes desde el punto de vista criminológico con los delitos cometidos anteriormente³⁵.

Esta interpretación resulta confirmada por investigaciones empíricas que indican que “no se pudieron determinar las diferencias en cuanto a las características del delito y del comportamiento entre un grupo del que se habían confirmado las “tendencias dañinas” y otro en el que se había descartado su concurrencia”³⁶. Esto demuestra que la aceptación de la existencia de tendencias dañinas a partir del propio delito resulta cuestionable y por eso como mucho la reincidencia permite conclusiones pertinentes acerca de su presencia³⁷. Tanto más preocupante es cuando el Tribunal Supremo de la República Federal Alemana últimamente incluso procede en los casos más graves a reducir aún más el requisito de las carencias en la personalidad desarrolladas con anterioridad a la comisión del hecho. Por ejemplo, este tribunal las considera presentes en el caso de homicidios llevados a cabo con la motivación de no ser visto como un “cobarde”³⁸. Si bien en el caso concreto se puede afirmar una especial gravedad de la culpabilidad³⁹

³³ Esto tiene aún más vigencia ya que es de esperar que se puede educar mejor fuera de una prisión de jóvenes (JVA/Jugendvollzugsanstalt) (OLG Schleswig StV 1985, 421, con comentarios *Schüler-Springorum* NSTZ 1985, 476 ss.).

³⁴ Con más detalles *Schöch*, en: Kaiser/Schöch, *Kriminologie/Jugendstrafrecht/Strafvollzug*, quinta edición 2001, caso 13, núm. marginal 19.

³⁵ Cfr. en general Audiencia territorial de Hamm StV 1999, 658 s.

³⁶ *Kaiser*, en: Kaiser/Schöch, *Kriminologie/Jugendstrafrecht/Strafvollzug*, quinta edición, núm. marginal 11.

³⁷ Cfr. *Kaiser* (nota a pie núm. 36), quien constata que en los respectivos grupos se pudieron observar diferencias en cuanto a las recaídas.

³⁸ Cfr. Tribunal Supremo alemán NSTZ 2002, 89.

³⁹ El Tribunal Supremo alemán admite esto en el caso concreto, cfr. Tribunal Supremo alemán NSTZ 2002, 90.

(se trató de intento de asesinato en concurso con una lesión grave y una tentativa de incendio especialmente grave), en este caso es palpable una tendencia cuestionable para estigmatizar adicionalmente al acusado a través de la etiqueta de las “inclinaciones dañinas” basándose exclusivamente en la gravedad del delito⁴⁰ y anular de este modo los límites entre el § 17 II, 1ª alternativa y el § 17 II, 2ª alternativa de la JGG de manera difícilmente comprensible.

b) En el § 17 II, 2ª alternativa de la JGG el principio parece retroceder completamente⁴¹, pues precisamente en estos casos, en que se debe aplicar la pena juvenil debido a la “gravedad de la culpabilidad”, la educación sería alcanzable con medidas más leves. En este sentido, menciona *Böhm* el caso de un joven de 18 años, bien socializado, diligente, un poco tímido, que, desinhibido por el alcohol y en compañía de otros, frente a quienes no quiere quedarse atrás, comete una violación brutal⁴². En este caso habría sido suficiente para la educación del joven la aplicación de una medida coercitiva, y sin embargo según la ley hay que condenar a una pena juvenil dada la gravedad de la culpabilidad, por lo que muchos ven en el § 17 II, 2ª alternativa de la JGG una adhesión jurídica a posiciones retribucionistas⁴³.

Para evitar que el § 17 II, 2ª alternativa de la JGG se establezca como cuerpo extraño del derecho penal juvenil, el Tribunal Supremo alemán ha intentado en el pasado hacer respetar el principio educativo también en dicho párrafo. En este sentido, este tribunal ha indicado que “para la pregunta acerca de si y en qué magnitud debería ser aplicada la pena por la culpabilidad del § 17 II, 2ª alternativa de la JGG”, es decisivo “en primer lugar el bienestar del menor”, es decir, que la pena juvenil como consecuencia de la gravedad de la culpabilidad sólo debería ser aplicada “cuando sea necesaria por razones educativas”⁴⁴. El intento armonizar el § 17 II, 2ª alternativa de la JGG con el principio educativo parece sin embargo algo desorientado, en la medida en que el mismo Tribunal Supremo justamente en los delitos graves, entre los que se encuentran sobre todo los delitos de homicidio, no puede negar la posición preeminente de la “gravedad de la culpabilidad”⁴⁵ y parece

⁴⁰ Sin embargo es de suponer que el delincuente F tuvo tendencias dañinas, en Tribunal Supremo alemán NSTZ 2002, 90, ya que en la detención provisional pegó y pateó nuevamente a un prisionero, tal como subraya el Tribunal Supremo alemán. De esta manera, el Tribunal Supremo alemán cita razones que no sólo consideran el primer acto delictual del acusado sino también una inclinación hacia la recaída obvia.

⁴¹ *Schöch* (nota a pie núm. 34), caso 13, núm. marginal 24, habla de una ruptura de la idea de educación de la Ley de Tribunales de Menores (JGG).

⁴² *Böhm*, Einführung in das Jugendstrafrecht, p. 205.

⁴³ Cfr., por ejemplo Albrecht, Jugendstrafrecht, § 30 I.

⁴⁴ Tribunal Supremo alemán StV 1988, 307; StV 1989, 545; *Eisenberg*, JGG, § 17 núm. marginal 34.

⁴⁵ Cfr. *Schöch* (Fn 34), caso 13, núm. marginal 27.

que en estos casos triunfa la idea de la prevención general. En la literatura se ha criticado mucho la jurisprudencia del Tribunal Supremo, porque la formulación legal atribuye a la alternativa de la “gravedad de la culpabilidad” una importancia propia junto al elemento del tipo de las “tendencias dañinas” y por eso también en el caso de la pena juvenil es preciso incluir la perspectiva de la retribución justa⁴⁶. Esto mismo significa claramente para *Bottke*: “La culpabilidad es, en el sentido del § 17 II, 2ª alternativa de la JGG, de una magnitud tal que exige una pena,... cuando ésta parece imprescindible por razones de prevención general para estabilizar la conformidad colectiva hacia la norma”⁴⁷. Por lo que en *Bottke* no se aprecia nada más del principio educativo, en el sentido en que lo tiene en cuenta el Tribunal Supremo.

En consecuencia, se debe dar prioridad principio educativo también al interpretar el § 17 II, 2ª alternativa de la JGG. Sin embargo, este no deber ser determinado unilateralmente de forma preventivo especial, tal y como lo ha intentado el Tribunal Supremo alemán. Más bien sólo se puede hablar de una educación social adecuada cuando la sociedad reconoce la forma de educación en el caso concreto también como integrativa, de manera que la prevención general se coloca como finalidad educativa en forma de prevención-integración. Un derecho penal juvenil acuñado en la intimidación y la fidelidad al derecho, tal como se expone en la interpretación del § 17 II, 2ª alternativa de la JGG propuesta por *Bottke*, sería por el contrario en efecto una irregularidad del derecho penal de menores difícilmente comprensible. Esto tiene aún más valor en tanto en la comisión de los delitos *típicos* de adolescentes no aparecerá el efecto de la práctica de la fidelidad jurídica y de la intimidación y la mayoría de la sociedad no se orientará hacia el menor, sino que, al contrario, éste será conducido hacia los valores de la “sociedad de los adultos”. Al margen de esto, justamente en el derecho penal juvenil existe el peligro, con un concepto basado exclusivamente en la intimidación y la práctica del orden jurídico, de que el joven infractor sea degradado a objeto de la pena estatal y, de esta forma, que el principio educativo sea reemplazado por un principio de selección. De todo lo anteriormente dicho resulta que en la interpretación del § 17 II, 2ª alternativa JGG se debe dar cabida sólo a aquel aspecto de la prevención general que incluye realmente el principio educativo.

Sobre la base de esta premisa, el término “culpabilidad” en el § 17 II, 2ª alternativa de la JGG no puede referirse sólo a la culpabilidad en sentido estricto. Más bien se entiende aquí que a la elevada culpabilidad personal (en la que más allá de la madurez

⁴⁶ Vid. solamente *Brunner/Dölling*, JGG, edición 11ª, 2002, § 17 núm. marginal 14; *Schaffstein/Beulke*, *Jugendstrafrecht*, § 22 II 2.

⁴⁷ *Bottke* (nota a pie núm. 5), p. 41.

intelectual y moral hay que incluir también la gravedad del injusto y del daño⁴⁸) debe sumarse una elevada dimensión de la responsabilidad, en el sentido de una necesidad preventivo general de pena. Hasta aquí tiene razón *Bottke* y hay que contradecir al Tribunal Supremo cuando considera declara las consideraciones preventivo generales completamente inadmisibles⁴⁹. Dado que también la necesidad preventivo general de sanción debe ser definida en el derecho penal juvenil desde un punto de vista educativo, la perspectiva de la prevención integradora debe ocupar una posición determinante en el marco de la finalidad preventivo general. Precisamente porque la pena juvenil se concentra en la reintegración social del menor infractor – como se muestra en el establecimiento del límite máximo de privación de libertad en los 10 años – la sociedad no puede tener básicamente ningún interés en instrumentos de sanción de efecto contrario a la integración⁵⁰. En este sentido, la prevención general y el principio educativo no son extraños el uno para el otro sino que se complementan. Pues el delincuente sólo puede reintegrarse a la sociedad si la sociedad permite la integración. De este modo pone de relieve *Roxin* con razón, que el delincuente mismo es miembro de la comunidad jurídica y por eso aceptará una sanción que sea considerada justa por la opinión pública, siendo accesible a su llamamiento. Con esta acertada indicación se constata que el efecto preventivo general de la sanción irradia sobre el preventivo especial⁵¹. Además hay que considerar con respecto del derecho penal juvenil que la resocialización del delincuente orientada preventivo especialmente puede fracasar en caso de una sanción considerada demasiado suave por la opinión pública, como consecuencia de la falta de voluntad de resocialización por parte de la comunidad. La afirmación de la necesidad preventivo general de sanción puede servir así muy bien a la resocialización preventivo especial del menor.

Con razón, indica también *Schöch* en otro contexto que la prevención integrativa nunca repercute en la práctica en un endurecimiento de la sanción, pero que podría ser que “la prevención integrativa se oponga a una posible atenuación preventivo especial de la sanción”⁵². En este sentido, el § 17 JGG sirve en realidad al delincuente. Pues aunque en aquellos casos en que la culpabilidad es especialmente individual bastaría desde el punto de vista preventivo especial con una medida educativa leve; esto no favorece al adolescente si a dicha medida le falta el efecto preventivo general. Según lo dicho, el fundamento de la prevención integrativa sólo puede ejercer influencia sin embargo en la medida educativa en sí y no en su magnitud.

⁴⁸ Cfr. *Eisenberg*, JGG, § 17 núm. marginal 30, 32 con más referencias; pero también *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht, § 22 II 2.

⁴⁹ Tribunal Supremo alemán NSTZ 1994, 124.

⁵⁰ A la misma conclusión llega *Schöch* (nota a pie núm. 34), caso 13, núm. marginal 27.

⁵¹ Cfr. *Roxin*, Bockelmann-FS, 1979, p. 305.

⁵² *Schöch*, BGH-Festgabe, tomo IV, 2000, p. 311.

Por consiguiente, el § 17 II, 2ª alternativa de la JGG especifica únicamente la respuesta penal (“Reaktionsmittel”), mientras que la magnitud de la sanción tiene que depender sólo del objetivo educativo⁵³. Al calcular la la pena juvenil no se deben considerar por tanto aspectos preventivo generales porque la duración concreta se debe calcula en función de cuánto tiempo parece necesaria la actuación educativa (§ 18 II JGG)⁵⁴. Por eso es completamente inadmisibles también deducir de la realización de un tipo delictivo determinado, la gravedad de la culpabilidad correspondiente al tipo de injusto⁵⁵. Además la pena juvenil, en vista del principio “nulla poena sine culpa”, no debe sobrepasar la sanción correspondiente a la culpabilidad por razones educativas⁵⁶, lo que puede ser considerado bastante problemático cuando la duración de la privación de libertad en la práctica está relacionada con objetivos educativos concretos, como puede ser finalizar una formación laboral⁵⁷.

4. La influencia de la prevención general en la aplicación del derecho penal juvenil a adultos

El § 105 I número 1 de la JGG se refiere a la madurez del delincuente *en el momento* de cometer delito. Por lo que el derecho penal juvenil también se aplica cuando quien debe ser condenado ha superado ampliamente el grado de madurez del adolescente o del joven adulto, siempre que en el momento de cometer el delito tuviera ese grado de madurez. *Schaffstein/Beulke* lo justifican afirmando que “el legislador ha dispuesto la aplicación del derecho penal juvenil para los jóvenes adultos inmaduros no sólo por consideraciones de conveniencia preventivo especial, sino que ha visto en ella también un privilegio de culpabilidad atenuada”⁵⁸. Pero esto sólo explica por qué quien en el momento de cometer un delito es considerado un joven adulto en el sentido del § 105 JGG debe ser condenado según el derecho penal juvenil, aunque entretanto se haya convertido en un adulto; sin embargo no justifica en absoluto por qué el infractor puede ser condenado pese a no concurrir ninguna necesidad educativa.

Un ejemplo de la problemática de la aplicación del derecho penal juvenil en tensión entre la necesidad educativa y la responsabilidad lo constituye el caso men-

⁵³ Sólo de esta manera se puede asegurar que el aspecto retributivo sea arrinconado en el marco de la prevención integradora a favor del principio educativo. Cfr. también *Schöch* (nota a pie núm. 34), caso 13 núm. marginal 28.

⁵⁴ Cfr. la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán en *Böhm* NStZ-RR 1986, 86.

⁵⁵ *Brunner/Dölling*, JGG, § 18 núm. marginal 6.

⁵⁶ *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht, § 23 III.

⁵⁷ Cfr. Tribunal Supremo alemán StV 1987, 306.

⁵⁸ *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht, § 8 II 1 b.

cionado por Schaffstein/Beulke⁵⁹ de un acusado de 40 años, procesado por un homicidio cometido como joven adulto a los 20 años, en calidad de guardia de un campo de concentración. En este caso ya no se puede hablar de la necesidad de educación. En este caso el argumento de la culpabilidad atenuada traído a colación por Schaffstein/Beulke explica correctamente que el derecho penal juvenil debe establecer el límite de la sanción. Pero por qué entra en consideración la aplicación de una sanción a pesar de la evidente falta de necesidad educativa, sólo se puede explicar por la necesidad preventivo general de sanción que aquí también se ve sobre todo en el aspecto de la confianza y la integración.

Se demuestra así de nuevo que la motivabilidad normativa en el momento de cometer el delito no puede fundamentar por sí sola la aplicación de una sanción. Más bien esta se aplica sólo cuando se suma una necesidad preventivo general de sanción. La idea de integración preventivo general que se agrega a la componente preventivo especial de la educación en el caso de los menores puede explicar excepcionalmente en este tipo de casos la necesidad de sanción que se mantiene. La prevención integrativa puede justificar en este caso especial la sanción aunque no existe necesidad educativa porque por lo menos coincide con el interés preventivo especial de resocialización del infractor entretanto adulto. De demuestra por tanto que el elemento de la prevención integrativa es capaz de proteger la finalidad educativa para el menor / joven adulto y para adulto la idea general de resocialización que permanece. Un derecho penal juvenil que se rige exclusivamente por el principio educativo no puede explicar por el contrario la persistente necesidad de sanción en este caso. También en la aplicación del derecho penal juvenil a adultos se encuentran así la prevención especial y la general en forma del interés de resocialización del delincuente⁶⁰ y del interés de integración de la sociedad.

III. Conclusión

El anterior análisis ha demostrado que al punto de vista de la prevención integrativa le corresponde un significado especial en el derecho penal juvenil porque eleva el aspecto educativo, predominante en este ámbito, a un nivel social más alto. Quedó claro que, tampoco en el derecho penal juvenil se puede prescindir al final de las consideraciones relativas a los fines de la pena y que con frecuencia, si se toma como base la concepción dualista de culpabilidad y responsabilidad introducida por *Roxin*, sólo se pueden alcanzar resultados razonables en el término medio entre

⁵⁹ *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht, § 8 II 1 b. Con base en ellos se encuentra el mismo ejemplo en *Böhm*, Einführung in das Jugendstrafrecht, p. 6.

⁶⁰ Vid. en general respecto del significado de la idea de la resocialización del delincuente *Roxin*, AT/I, § 3 núm. marginal 12 ss.

educación y castigo. Así que es sobre todo la idea de que falta o que está reducida la necesidad de sanción, la que puede hacer plausible la fijación legal de límites de edad estrictos (§ 19 del Código Penal, §§ 3, 105 de la Ley de Tribunales de Menores) y una negación o reducción de la necesidad de sanción ligada a ellos. Además el punto de vista de la prevención general puede incluso obstaculizar en caso necesario una excesiva atenuación preventivo especial, de modo que como consecuencia del principio educativo inherente al derecho penal juvenil, las razones de la prevención integrativa pueden contradecir la reducción de la sanción. No obstante, en el marco de la necesaria imposición de la pena juvenil para la reintegración del menor infractor, es preciso señalar que al determinar su duración (§ 18 II JGG) se renuncia completamente a aspectos retributivos. Sólo así se puede asegurar que el principio educativo siga siendo vigente en la verdadera pena juvenil del § 17 II JGG. Y sólo de esta manera es posible aferrarse al principio constitucional de que la pena no puede superar la medida de la culpabilidad también en el derecho penal juvenil y garantizar así que castigo y educación no constituyan opuestos irreconciliables.

V. La discriminación existente hacia los jóvenes delincuentes a la luz de las demandas de endurecimiento del Derecho penal juvenil

Stefanie Kemme y Katharina Stoll*

Resumen

Según el párrafo § 18 I 3 JGG^{NTr} los marcos penales del derecho penal general no rigen para establecer las penalidades juveniles. De allí que se considere, en parte, permitido, fijar una mayor penalidad como castigo en el caso de un joven que en el de un adulto, y ello en una misma situación procesal. Que tal posición desmedrada vulnera el principio de culpabilidad establecido en la constitución es, sin embargo, aceptado. No obstante, no sólo teóricamente reina desacuerdo. Del mismo modo, la pregunta de si los jóvenes delincuentes están fácticamente en desventaja, de si tienen mayores probabilidades de ser condenados a una sanción juvenil y que la duración de la sanción que se le imponga sea más larga, lleva empíricamente a respuestas contrarias. Esto es motivo para evaluar, por delito específico, las estadísticas de persecución penal de los últimos 13 años e identificar tendencias. Los resultados muestran que existe de facto y más que en el pasado, una posición fáctica de desmedro para los delincuentes juveniles y que ha aumentado en los últimos años, incluso en los casos de delitos de mayor gravedad. Se discute qué papel juega la teoría educativa y las demandas del público, en los últimos años, por un endurecimiento del derecho penal juvenil.

* Publicado originalmente en *MschKrim 95. Jahrgang – Heft 1 – 2012*. Agradecemos a las autoras su permiso para traducir y publicar este trabajo. Traducción: Alicia Salinero Rates. Reproducción y adaptación de las imágenes y tablas: Bárbara Barraza Uribe.

^{NTr} En lo que sigue, la sigla JGG se refiere a la "Jugendgerichtsgesetz", la ley penal juvenil alemana.

1. Introducción

Ya desde principios de los años ochenta se discute acerca del desmedro de los jóvenes frente a los adultos. En este contexto se critica, por un lado, una posición desventajosa, establecida en la JGG y, por otro lado, existe poco acuerdo en cuanto a si respecto de jóvenes y adolescentes^{NTr}, en la aplicación de la JGG, se llega efectivamente a una posición de desmedro mediante sanciones más altas y más largas (por ejemplo, *Buckolt* 2009, 305 ss., con ulteriores referencias). Esta controversia, que vista con más detalle ha resultado un tema jurídico-político permanente, merece ser puesta nuevamente en discusión y, por cierto, a la luz del debate en curso respecto a la necesidad de un endurecimiento del derecho penal juvenil. A raíz de los asaltos en las estaciones de metro de Berlín, se defiende actualmente la tesis de que los adolescentes son cada vez más brutales y violentos¹. Aunque la disminución de los números habla en contra de una „escalada de la violencia juvenil“² (*Pfeiffer* 2010; *Spiess* 2010), se exige intervenir más enérgicamente frente a los jóvenes. Los propios jueces hablan en el debate actual de una “relativa benevolencia” (*Heisig* 2010) o critican la „pedagogía de mimos“³ que se aplica en ocasiones. A pesar de que en la investigación criminológica es conocido que especialmente la intimidación en forma de sanciones impuestas y ejecutadas no lleva a una contención de la criminalidad juvenil (*Ministerio Federal del Interior y de Justicia* 2006, 402, 665 ss.; *Heinz* 2008 a, 41, 2008 b, 8), se exigen a menudo en los medios de comunicación sanciones más severas⁴. Y la política plantea nuevamente la posibilidad de un así llamado “arresto como tiro al aire o de advertencia” para los jóvenes⁵, sobre cuya necesidad reina desacuerdo en la justicia y la ciencia (*Verrel & Käufel* 2008)⁶. Antes de que se hable sobre agravamientos en el derecho penal juvenil, debe primeramente examinarse de cerca el trato hacia los delincuentes jóvenes y la supuesta “benevolencia” con la que se les trata.

^{NTr} En la JGG se distingue entre “Jugendliche” = jóvenes (mayor de 14 y menor de 18 años) y “Heranwachsende” = adolescentes (mayor de 18 y menor de 21 años).

¹ Revista Spiegel online Panorama “Jugendgewalt: alle Artikel, Hintergründe und Fakten” en <http://www.spiegel.de/thema/jugendgewalt/> [29.11.2011].

² Así, la página principal de Spiegel de 02.05.2011 (18/2011).

³ “Jugendrichter Müller verteidigt Kirsten Heisigs Erbe”; weltonline de 29.12.2010 en <http://www.welt.de/politik/deutschland/article11882790/Jugendrichter-Mueller-verteidigt-Kirsten-Heisigs-Erbe.html> [22.11.2011].

⁴ “Strafe muss weh tun” de *Jan Fleischhauer* en Spiegel online de 02.05.2011 en <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,760080,00.html> [22.11.2011].

⁵ “Probesitzen im Knast” en Spiegel de 02.05.2011 (18/2011), 36.

⁶ Por ejemplo, la discusión del juez de menores *Andreas Müller* y del criminólogo *Christian Pfeiffer* “Was bringt der Warnschussarrest für Jugendliche? Ist der Warnschussarrest notwendig oder sinnlos?” en <http://www.welt.de/politik/deutschland/article13435842/Was-bringt-der-Warnschussarrest-fuer-Jugendliche.html> [22.11.2011].

Una posibilidad de abordar esta cuestión la ofrecen las estadísticas de persecución penal, que representan un censo anual de todas las personas que fueron enjuiciadas y condenadas por tribunales alemanes y que suministran series temporales comparables sobre las decisiones judiciales penales así como sobre el número, el tipo y la duración de las consecuencias jurídico-penales impuestas.

En primer lugar, debe discutirse detalladamente la controversia sobre una efectiva discriminación hacia delincuentes jóvenes en la determinación de la pena. Luego se presentarán y discutirán las actuales estadísticas de persecución penal. Se trata de responder las preguntas de si existen diferencias en el tratamiento de jóvenes, adolescentes y adultos y en qué medida la aplicación, desde 1977, del arresto juvenil ha cambiado. Ambos aspectos deben ser examinados no sólo en cuanto a delitos menores y de mediana gravedad, como hurto y apropiación indebida, sino que también deben ser examinados de cerca los delitos violentos graves cometidos por delincuentes jóvenes, supuestamente sancionados indulgentemente.

2. El estado del debate sobre la posición fáctica de desmedro

Heinz investiga regularmente, desde hace años, en los Registros de Constanza (*Konstanzer Inventar*), las estadísticas oficiales de la administración de justicia, limitándose en su análisis a la comparación de la práctica sancionadora en los crímenes y los delitos⁷ (*Heinz* 2010). Según su análisis, desde 1981 fueron impuestas en el derecho penal juvenil más medidas de privación de la libertad que en el derecho penal general (*Heinz* 2010, 135 ss.). También *Pfeiffer* (1991) analizó las estadísticas de persecución penal y llegó al resultado de que existe un riesgo mucho mayor para los jóvenes/adolescentes, en comparación con los adultos con el mismo número de condenas anteriores, de ser condenados a penas juveniles/privativas de libertad, sin remisión de la misma, sobre todo en delitos menores hasta delitos de mediana gravedad. Solamente en el caso de acusados sin antecedentes penales, tenían los delincuentes adultos una tasa levemente mayor que los jóvenes/adolescentes (*Pfeiffer* 1991, 115). Más indicios de la posición fáctica de desmedro son obtenidos de la duración de la pena, de parte de las condenas con remisión y de las tasas de sobreseimientos. Si bien es cierto que en el derecho penal adulto se imponen más sanciones con remisión que en el derecho penal juvenil, la duración de la pena privativa de libertad en el derecho penal general es más corta. (*Dünkel* 1990, 124

⁷ A causa de la falta de registro de las características relevantes de la determinación de la pena y de las diferencias en la práctica de *diversion*, *Heinz* (2008 a, 38 s.) tiene la opinión de que no es posible una comparación de la práctica de sanciones en el derecho penal general y en el derecho penal juvenil específico para el delito y el delincuente.

ss.; *Heinz* 2010, 136 s.; *Pfeiffer* 1991, 115, 1992, 63 ss.). Ya en el año 1990 constató *Weber* en su análisis de las estadísticas de persecución penal de Wiesbaden, desde 1977 a 1986, una posición de desmedro de los jóvenes vinculada a la duración de la sanción (*Weber* 1990, 165 s.). Él pudo demostrar que en casos de delitos de bagatela, debido al principio de educación, tenía lugar una clara transgresión de la extensión de la pena, la cual debía regir según el principio de culpabilidad (*Weber* 1990, 191). También *Pfeiffer* (1991, 117) suponía el origen de la posición de desmedro en el principio de educación, ya que la “necesaria influencia educativa”, normada en el párrafo § 18 II JGG, daría lugar a la imposición de penas privativas de la libertad más largas para alcanzar determinadas metas educativas como, por ejemplo, el término de una formación profesional ya iniciada. Además, se comprobó que las tasas de sobreseimientos en los procesos penales juveniles, si bien eran mayores, la diferencia no sólo resultaba relativamente baja, sino que desaparecía completamente cuando se consideraban solamente los sobreseimientos “sin sanciones”. En el proceso penal general cada segundo sobreseimiento era efectuado sin ulteriores consecuencias, según los §§ 153, 153 B StPO^{NTr} mientras que en el derecho penal juvenil, sólo en un 17% de los sobreseimientos, según los §§ 45, 47 JGG, se omitía la imposición de “medidas educativas” (*Hügel* 1987, 38 s.)⁸.

La posición de desmedro también fue criticada en el contexto de la aplicación de la prisión preventiva. *Heinz* (1992, 386 y siguiente) analizó las tasas de prisión preventiva desde 1975 hasta 1989 y constató que éstas desde 1986 eran más altas en el derecho penal juvenil que en el derecho penal general. Él supuso que la aplicación, en el derecho penal juvenil, tenía lugar también por “razones educativas”: como „intervención de crisis“, como „short sharp shock“ o para producir en alcohólicos y drogadictos un “sufrimiento motivante”. Sólo a partir de 1994 se hace evidente una clara tendencia a la baja (*Heinz* 2010, 88)⁹.

Por el contrario, aparecen en la literatura posiciones que dudan de la existencia de una posición fáctica de desmedro de jóvenes y adolescentes, especialmente en relación con la duración de la pena privativa de la libertad.

^{NTr} En lo que sigue, la sigla StPO se refiere al “Strafprozessordnung”, el “Código procesal penal”.

⁸ Las estadísticas de persecución penal no dan información acerca de las órdenes y condiciones impuestas según los §§ 45, 47 JGG. Sólo análisis empíricos más amplios nos pueden dar explicaciones más detalladas.

⁹ *Wagner* (1992, 394) explicó la gran proporción de jóvenes en prisión preventiva a principios de los años noventa por el aumento de jóvenes extranjeros. *Dünkel, Geng & Morgenstern* (2010) consideran en su explicación de la disminución de la tasa de prisión preventiva el cambio de la Ley de asilo de 1993, que tuvo como consecuencia que el número de los solicitantes de asilo y, por lo tanto, también su proporción en la prisión preventiva, disminuyera drásticamente (*Dünkel y otros* 2010, 22).

Hoppenworth (1991) investigó, basado en las actas penales de los tribunales de Hanóver, Verden y Kassel, de los años 1977 a 1982, la determinación de la pena en casos de robo, según el derecho penal general y el derecho penal juvenil. El resultado de su análisis fue que los jóvenes, por cierto tenían una probabilidad mayor de ser condenados, pero recibían sanciones más bajas y mayores tasas de suspensiones (*Hoppenworth* 1991, 266 ss.).

Höfer (2003) pudo demostrar, basado en datos longitudinales de la serie de estudios de cohorte de Friburgo, que la práctica en la determinación de la pena respecto de personas con varios registros judiciales coincidían ampliamente en el derecho penal de adultos y juvenil. No habrían antecedentes ni para una posición de desmedro como tampoco para una posición mejorada (*Höfer* 2003, 138 ss., 147).

Tres nuevos estudios, diferenciados metodológicamente, parecen subrayar la no existencia de una posición de desmedro de los jóvenes. *Kurzberg* (2009) investigó procesos penales de 113 adolescentes y 67 jóvenes que fueron condenados según el derecho penal juvenil y 115 procesos de delincuentes que fueron condenados según el derecho penal general¹⁰. Según *Kurzberg* (2009, 129) las penas para los condenados según el derecho penal general son, en promedio, un 40% más altas que para los condenados según el derecho penal juvenil. Sin embargo, se trata de análisis de actas de procesos por delitos de robo, de homicidio y sexuales, que llevan a una condena de, por lo menos, dos años de privación de libertad, de tal manera que quedaban excluidos todos los delitos violentos con hechos de menor gravedad.

Streng (2007) llevó a cabo un análisis secundario de los datos de *Niedling* (2005)¹¹ y analizó la pregunta de si en la práctica judicial existen diferencias en cuanto a la elección de la sanción y la determinación de la pena respecto de una condena según el derecho penal juvenil, en contraposición al derecho penal general y si el principio educativo tiene influencia (*Streng* 2007, 435 ss.). Llegó a la conclusión de que los jóvenes eran castigados con más indulgencia que los adultos cuando se analizan la magnitud y la forma de la sanción (*Streng* 2007, 454 ss.).

¹⁰ El análisis tuvo lugar para el período de 2001 a 2003 y se refirió a Baden-Wurtemberg. La edad del grupo de comparación de los adultos condenados según el derecho penal general se limitó a la edad de 24 años en el momento del delito para garantizar una buena comparabilidad de las biografías y de las experiencias frente a los jóvenes y adolescentes (*Kurzberg* 2009, 125 ss.).

¹¹ *Niedling* (2005) realizó una investigación acerca de la realidad jurídica de las acciones accesorias ejercidas por particulares. Sacó una muestra estratificada de 997 actas de procedimientos susceptibles de acusaciones particulares del año 1997 de los Juzgados locales y de los Tribunales regionales de la jurisdicción de Nuremberg/Fürth, que habían conducido a una formulación de la acusación. Se pudieron considerar 333 actas, de las cuales 88 llevaron a una condena según el derecho penal juvenil (*Niedling* 2005, 158 ss.).

Tampoco *Buckolt* (2009, 305) puede confirmar en su investigación la hipótesis de que la sanción juvenil fuera más elevada que la pena privativa de libertad. Él llevo a cabo una encuesta por escrito a todos los jueces que trabajan en el sistema de justicia juvenil en seis Estados¹², en los cuales él les presentó, según la técnica de la viñeta, dos casos juveniles típicos (lesiones y robo), y los dejó determinar la pena. En caso de lesiones, los jueces juveniles asignaron a un joven de 21 años, con antecedentes de arresto juvenil, una pena privativa de libertad, en promedio, más larga que la pena juvenil de un joven de 18 años con los mismos antecedentes (*Buckolt* 2009, 295 ss.). En ambos casos, con el aumento de edad del acusado aumentaba significativamente la determinación media. En todo caso, igual cantidad de jueces juveniles se pronunciaron por una pena privativa de libertad sin condiciones para un joven de 21 años (52,8%) como también por una sanción juvenil para un joven de 18 años (52,9%). *Buckolt* (2009, 278) demostró que la práctica judicial de menores utiliza, de todas formas, un “plus” de educación cuando las posibilidades de escolaridad y educación profesional en el establecimiento penitenciario juvenil son especialmente buenas. En el caso de una condena por tendencias dañosas llegarían a aplicar penas mayores por razones educativas. La pena aumenta constantemente con la calidad de las ofertas de tratamiento, mientras que esto no vale para las condenas por la gravedad de la culpa (*Buckolt* 2009, 288 ss.).

En resumen, se puede señalar que la pregunta acerca de si existe fácticamente una posición de desmedro respecto de los jóvenes, en ningún caso está aclarada. Estudios que demuestran la no existencia de una posición de desmedro son, en sus alcances, limitados. O bien solo fueron analizadas determinadas áreas delictivas o bien un número limitado de distritos judiciales regionales. En el caso de la técnica de viñeta, cabe señalar que se les presenta a los jueces casos hipotéticos, que no reflejan la realidad. Información adicional de contexto es suprimida, cuestión que fue criticada incluso por los propios jueces encuestados. Faltarían criterios de evaluación para los casos, de tal manera que resultaría difícil una apreciación y la sentencia en un caso comparable, con conocimiento de otros aspectos, podría resultar diferente (*Buckolt* 2009, 228 s.). Estudios que demuestran una posición de desmedro se basan, en su mayoría, en el análisis de estadísticas de persecución penal. Incluso estos datos deben ser interpretados con cautela, ya que declaraciones sobre el proceso de decisión judicial penal y sobre circunstancias unidas a aquél, que son relevantes para la determinación de la pena, no son posibles en base a estadísticas. Sin embargo, hay que atribuirles a las estadísticas de persecución penal un peso no menor, en razón de su registro anual de todos los condenados en tribunales penales alemanes, incluyendo la evolución de la magnitud y de la duración de las sanciones.

¹² Hesse, Baden-Wurtemberg, Renania del Norte-Westafalia, Brandenburgo, Berlín, Sajonia-Anhalt.

3. Evolución de la práctica de las sanciones en base a las estadísticas de persecución penal desde 1997

Fundamento para el análisis que se presenta a continuación lo construyen los registros individuales de las estadísticas de persecución penal desde 1997 de los Estados alemanes del oeste¹³. En el *Gráfico 1* se presentan¹⁴ las sanciones privativas de libertad que en 1997 y 2009 fueron impuestas a jóvenes/adolescentes y adultos por delitos de hurto y apropiación indebida de mediana gravedad, con dependencia del número de condenas anteriores¹⁵. Se puede observar que los jóvenes/adolescentes, a partir ya de una condena previa, tienen un mayor riesgo de ser condenados a una pena privativa de libertad o juvenil, sin remisión, en casos de delitos de hurto y apropiación indebida. En el año 1997, el 18% de los infractores jóvenes, con cuatro condenas anteriores, fueron condenados a una pena juvenil/privativa de libertad sin remisión y sólo 8% de los adultos. Así, la diferencia en el porcentaje de condena es de diez puntos porcentuales. En comparación con el año 1989 (no reproducido) (*Pfeiffer* 1991), en el cual solo se estableció una diferencia de tres puntos porcentuales (13% de los jóvenes/adolescentes, 10% de los adultos), significa esto un aumento de la diferencia entre 1989 y 1997 de siete puntos porcentuales. Si bien es cierto que hasta el año 2009 nuevamente disminuye la posibilidad de ser condenado a una pena juvenil/privativa de libertad sin condiciones, en caso de registrar cuatro condenas previas, es entretanto para los jóvenes/adolescentes, sin embargo, más del doble de alto que para los adultos (16% versus 7%, *Gráfico 1*). Se observa que el aumento de estas diferencias es relativamente continuo entre los años 1997 y 2009. Los aumentos más dramáticos se ven en los nuevos Estados¹⁶.

¹³ Ya que recién a partir de 2007 existen conjuntos de datos completos para todos los Estados federados, inclusive los Estados del Este de Alemania, y para los análisis planificados de la evolución y de las tendencias eran de interés series cronológicas en lo posible largas, se hizo una limitación a Alemania del Oeste y Berlín. Para los años 1995 y 1996 no existen conjuntos de datos individuales para Hamburgo (1995 y 1996) ni para Saarland (1995), de manera que los análisis para el Oeste de Alemania y Berlín se refieren al período de tiempo de 1997 a 2009.

¹⁴ Se analizaron todos los años de 1997 a 2009. Ya que los aumentos y las disminuciones entre estos dos años evolucionan relativamente estables, la tendencia se puede demostrar con los años 1997 y 2009, de manera que se renunció a la representación de todos los años.

¹⁵ Sólo se registran las condenas previas, sin embargo, no se registran los antecedentes penales ni la gravedad del daño.

¹⁶ Un conjunto de datos completos para Alemania del este existe recién a partir de 2007. Turingia aportó desde 1998, Mecklenburgo-Pomerania Occidental a partir de 2001 y Sajonia-Anhalt desde 2007 un conjunto de datos individuales de las estadísticas de persecución penal. Para mostrar la evolución en los Estados de Alemania del este, se evaluaron los datos de los años 2001 y 2009, sin aquellos de Sajonia-Anhalt; sin embargo, no se entregaron a causa de falta de espacio, ya que en general los resultados fueron comparables.

Gráfico 1 Condenas a sanciones de privación de la libertad en relación con condenas anteriores – hurto/apropiación indebida (Alemania del Oeste y Berlín)

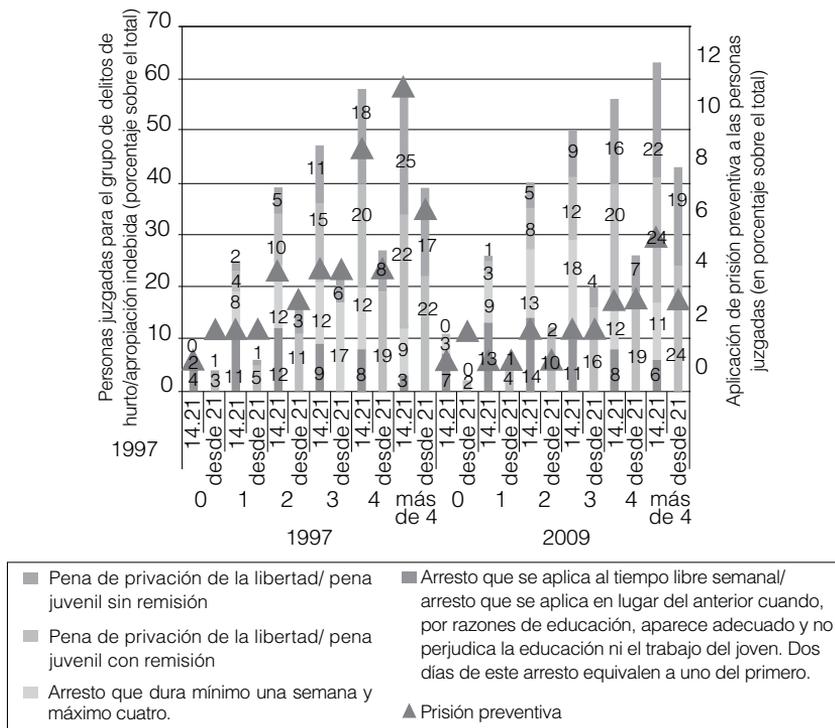


Gráfico de elaboración propia con datos tomados del Gráfico 1 del artículo original en alemán

Si se compara el riesgo de aplicación de prisión preventiva para un delito de hurto o de apropiación indebida, la cuota 1997 para jóvenes/adolescentes no es sólo más elevada en cada nivel de condenas previas, sino que es, con 8%, el doble de los adultos en el caso de que existan cuatro condenas anteriores¹⁷. Sin embargo, en los datos de 2009 puede observarse un desarrollo positivo respecto de la prisión preventiva. Aquí sólo los jóvenes/adolescentes con más de cuatro condenas anteriores tienen un riesgo claramente mayor de una prisión preventiva (véase *Gráfico 1*).

Ya fue observado críticamente, que los criterios de la determinación de la pena mediante los datos presentes, no pueden ser considerados (al respecto, por ejemplo, también *Wagner 1992*, 394). En el derecho penal juvenil los jueces deben incluir, para la determinación de la pena, criterios juveniles específicos. Aspectos como el

¹⁷ También en 1989 ya era el doble (*Pfeiffer 1991*).

desarrollo de la personalidad, antes y después del hecho cometido, el pronóstico social general, impresiones de los jóvenes/adolescentes que se obtienen durante el proceso penal así como experiencias obtenidas de una prisión preventiva eventualmente aplicada deben ser tratados como factores de influencia (*Laubenthal, Baier & Nestler* 2010, Rn. 774).

Estudios, sin embargo, indican que también en el derecho penal juvenil la carga de los antecedentes penales es el factor de mayor peso en la determinación de la pena (véase, también *Buckolt* 2009; *Gerken & Berlitz* 1988, 20, 22; *Höfer* 2003, 107, 121 s.; *Hupfeld* 1996, 4, 81 ss.). Mediante los datos del estudio de cohortes de Friburgo, se pudo constatar que tanto en el derecho penal general como en el derecho penal juvenil, la mayor parte de la varianza en las sanciones se puede explicar por la gravedad del hecho y la carga de los antecedentes penales (*Höfer* 2003, 120, 130). La influencia de la gravedad del hecho es, según lo esperado, menor en el derecho penal juvenil; sin embargo, aumenta la importancia de los antecedentes penales, de tal manera de que éstos conducen a un esquemático endurecimiento de la pena (*Höfer* 2003, 130). Aspectos de la vida pasada que son adecuados para formarse una idea de la personalidad del autor o de su desarrollo deficitario permanecen, en su mayor parte, inadvertidos por los jueces de menores (*Buckolt* 2009; *Kurzberg* 2009, 232 s.). Estas circunstancias prueban que las tendencias de desarrollo expuestas tienen un correlato en la realidad.

Junto a la parte relativa a las penas juveniles/privativas de la libertad es, además, necesario considerar su duración promedio¹⁸ (por ejemplo *Hoppenworth* 1991; véase la sección 2). Las evaluaciones de las estadísticas de persecución penal (1997 a 2009) muestran que las penas juveniles/privativas de libertad, sin remisión impues-

¹⁸ El promedio de duración de las penas juveniles/penas de privación de libertad se calculó en base a *Schott, Suhling, Görgen, Löbmann & Pfeiffer* (2004, 40 s.). En las estadísticas de persecución penal se identifican como categorías a los años de encarcelación. Para la representación se seleccionaron valores promedios – duración media en años. Las categorías son las siguientes: menos de 6 meses = 0,29 años (término medio aritmético entre 1 a 6 meses = 1 mes + 2,5 meses = 3,5 meses), exactamente 6 meses: 0,5 años; en todos los otros intervalos (más de 6 meses hasta menos de 1 año, 1 año hasta 2 años, 2 hasta menos de 3 años, 3 hasta menos de 5 años, 5 hasta menos de 10 años, 10 hasta 15 años inclusive, perpetua): un tercio (33,3%) agotamiento del intervalo (límite inferior). Razón para este cálculo es el hecho de que el caso promedio que se da más a menudo se encuentra por debajo de la mitad aritmética del marco penal jurídico. Se parte de una repartición con desviación hacia la izquierda de la duración de la pena con una acumulación en el marco penal inferior. Un ajuste de estos valores estimados con las duraciones de las penas reales de los datos de *Schott y otros* (2004) obtenidos en un análisis de las actas, mostró que las duraciones reales de las penas (se estima un agotamiento del intervalo de un tercio) sólo fueron sobre- o subestimadas insignificadamente; sin embargo, de ningún modo fueron sobreestimadas unilateralmente.

tas a jóvenes entre 14 y 21 años de edad tienen una duración media mucho mayor que las mismas respecto de los adultos¹⁹.

Una de las causas de la mayor duración de la pena respecto de los jóvenes/adolescentes podría ser la inclusión de sanciones juveniles, de procesos penales anteriores, aún no cumplidas. De acuerdo con el § 31 II de la JGG, en contraste con la posterior formación de la sentencia total (§§ 52 ss. StGB), una sentencia firme o ejecutoriada puede aún ser incluida, cuando el hecho delictivo posterior es cometido después de la notificación de la primera sentencia.

En las estadísticas de persecución penal no queda demostrado si en las penas impuestas las sanciones de condenas anteriores, no completamente cumplidas, quedan incluidas. Por esta razón, la imagen de la práctica sancionadora en el derecho penal juvenil se desplaza en dirección a penas más graves (Heinz 2010, 42). Si para el cálculo de la duración de la pena, en función de condenas anteriores, se considera una condena anterior de una pena juvenil/privativa de libertad, puede entonces demostrarse la influencia de condenas anteriores en la duración de sanciones juveniles/privativas de libertad sin remisión. En la *Tabla 1* se comparan personas a las cuales no se les impuso una pena juvenil/privativa de la libertad en una condena anterior y, por consiguiente, para la inclusión de una condena aun no ejecutada, “no es esperable un aumento de la duración de la privación de la libertad” según los § 31 JGG ó § 55 del StGB (ver Pfeiffer 1991, 116) y personas que antes ya habían sido condenadas a una pena juvenil/privativa de la libertad.

**Tabla 1 Duración promedio (en años): Hurto/apropiación indebida– 2009
(Alemania del Oeste y Berlín)**

Condenas previas SIN pena juvenil/pena de privación de la libertad									
		1		2		3		4	
		14-21	21+	14-21	21+	14-21	21+	14-21	21+
Personas juzgadas (N)		3741	9813	1813	5673	935	3501	392	2236
Pena juvenil/pena de privación de la libertad sin remisión (del total de personas juzgadas)	14-21 años	0,53%		1,43%		2,57%		2,81%	
	21+		0,17%		0,41%		0,71%		0,54%
Duración media en años (Pena juvenil/pena de privación de la libertad sin remisión)	14-21 años	0,91		0,79		0,87		0,85	
	21+		0,54		0,64		0,33		0,35

¹⁹ La duración de las penas de privación de la libertad para el grupo delictual de hurto/apropiación indebida es, en su mayor, parte idéntica con la del ejercicio fiscal de 1989 (ver Pfeiffer 1991; 1992).

Condenas previas CON pena juvenil/pena de privación de la libertad									
Personas juzgadas (N)		132	883	217	1256	203	1613	202	1823
Pena juvenil/pena de privación de la libertad sin remisión (del total de personas juzgadas)	14-21 años	12,90%		31,80%		36,50%		43,10%	
	21+		6,50%		8,30%		11,30%		15,40%
Duración media en años (Pena juvenil/pena de privación de la libertad sin remisión)	14-21 años	1,22		1,35		1,28		1,3	
	21+		0,56		0,44		0,45		0,43

Tabla de elaboración propia con datos tomados de la Tabla 1 del artículo original en alemán

El valor de la duración de la pena respecto de jóvenes/adolescentes varía entre 0,79 y 0,91 años y sobrepasa los valores de los adultos en 1,4- hasta 2,4-veces para el delito de hurto/apropiación indebida (véase *Tabla 1*). Diferencias aún mayores, relacionadas con la duración de la pena impuesta, surgen al comparar jóvenes/adolescentes, que ya han sido condenados por lo menos una vez a una pena juvenil/privativa de la libertad, con adultos. Los valores de duración respecto de jóvenes delincuentes varían entre 1,22 y 1,35 años, y sobrepasan los valores de los adultos en 2,8 – a 3,1-veces²⁰.

Por lo tanto, puede concluirse que respecto de jóvenes autores de delitos de hurto o apropiación indebida, en caso de situaciones previas repetidas no sólo existe un mayor riesgo de ser condenados a una pena juvenil/privativa de libertad sin remisión, sino que también la duración promedio del encierro resulta mayor para este grupo de condenados que respecto de los adultos.

Ahora, se podría objetar que hasta aquí se ha analizado con delitos juveniles típicos de hurto y apropiación indebida. La baja gravedad del hecho de estos delitos tiene como consecuencia, respecto de autores jóvenes, mayores tasas de *diversion* en comparación con autores mayores, de modo que una selección de ese tipo también puede conducir a mayores penas en el grupo de delincuentes jóvenes. Por lo tanto, surge la pregunta de si en el ámbito de delitos de mayor gravedad se pueden observar tendencias similares²¹.

²⁰ En el ejercicio fiscal de 1989 la duración promedio de ambos grupos es más larga en general: entre 0,8 y 1,1 años para los jóvenes/adolescentes, para los adultos continuamente 0,5 años. Lo mismo vale si existe, por lo menos, una pena juvenil/pena de privación de libertad previa: entre 1,4 y 1,7 años para los jóvenes/adolescentes, para los adultos continuamente 0,5 años (*Pfeiffer* 1991).

²¹ Para la criminalidad por hurto se pueden observar fuertes disminuciones entre los años 1997 y 2009 para los sospechosos, acusados y condenados. Para la criminalidad violenta se da un aumento significativo. Los acusados jóvenes y adolescentes aumentaron en 39,6% (de 19.429 a 27.131), los adultos en 25,2% (de 23.420 a 29.315). El aumento de los delitos violentos en

El *Gráfico 2* muestra que también en el ámbito de los delitos violentos²² la parte de jóvenes de 14 a 21 años condenados a penas privativas de libertad sin condiciones ha subido desde 1997. Si en 1997, en Alemania del oeste (y en Berlín) en el caso de autores adultos sin condenas previas o con una a dos condenas anteriores se aplicaban, claramente más a menudo, penas privativas de libertad sin posibilidad de remisión que en el caso de los delincuentes jóvenes/adolescentes, esta diferencia disminuye de manera significativa hasta el 2009. Además, aún en 1997, a partir de tres y más condenas anteriores, casi no existía una diferencia entre autores jóvenes y adultos en relación a la pena privativa de libertad sin condiciones, mientras que en 2009 esta sanción se expresó con mayor frecuencia contra jóvenes/adolescentes que contra adultos (diferencia de 5% en caso de tres condenas anteriores, 14% en caso de cuatro y 7% en caso de más de cuatro)²³. Las órdenes de prisión preventiva se han reducido en mayor medida en los adultos que en los autores jóvenes, de manera tal que en el año 2009 en parte se encuentran en el mismo nivel.

Si bien una visión diferenciada de la duración de las penas privativas de libertad por delitos violentos (paralelo a la *Tabla 1*) representa sistemáticamente una duración promedio mayor en los adultos, mientras la duración de la pena de los jóvenes entre 14 y 21 años de edad aumenta en la medida que aumenta la cantidad de condenas, disminuye, en el caso de los adultos; de modo tal que los delincuentes jóvenes con cuatro antecedentes penales (de los cuales al menos uno fue una pena juvenil/privativa de libertad) se encarcelan en promedio 2,18 años y los adultos 2,78 años. Además, en el caso de los delincuentes jóvenes, el hecho de haber sido condenado anteriormente a una pena juvenil/privativa de la libertad, aumenta dramáticamente la probabilidad de ser condenado a otra pena juvenil/privativa de la libertad sin condiciones. Con cuatro condenas previas el 65,6% de los condenados jóvenes/adolescentes recibió, por un delito violento, una pena juvenil/privativa de la libertad, mientras que esto ocurrió sólo en el 39,5% de los adultos.

todos los niveles se puede reconducir al aumento de lesiones corporales peligrosas/graves, ya que tanto para los homicidios como para los delitos por robo los números son decrecientes. No obstante, la criminalidad por robo representa todavía 38,8% respecto de los casos registrados en la estadística criminal de la policía (PKS); en cambio, la criminalidad violenta sólo 3,4%.

²² El grupo delictual por criminalidad violenta se calculó en base al grupo 892.000 de la estadística criminal de la policía (PKS). Se incluyen: asesinato, homicidio, homicidio a petición, violación, agresión sexual, robo, extorsión, robo a automovilistas, lesiones con resultado de muerte, lesión corporal peligrosa/grave, secuestro extorsivo, toma de rehenes, ataque al tráfico aéreo y espacial.

²³ Las cifras son levemente diferentes para los delitos violentos en Alemania del Este. En total, también ahí han aumentado las sanciones de privación de la libertad en el área de delitos violentos para todos los grupos de edad de 2001 a 2009. Lo mismo vale para la brecha entre los dos grupos de delincuentes: en 2009, el 49% de los delincuentes jóvenes con cuatro o más antecedentes penales fueron condenados a una pena de privación de libertad sin condiciones; sin embargo, sólo lo fue el 43% de los adultos.

Hasta aquí se han comparado grupos de edad. Ahora, con el fin de determinar si la posición de desmedro de los jóvenes de 14 a 21 años de edad se debe a la aplicación de la JGG diferenciaremos, respecto de los grupos de adolescentes, según la aplicación de la JGG y el StGB (ver Gráfico 3). En el grupo de delitos de hurto/apropiación indebida (tres condenas anteriores), desde 1997 hasta 2009 ha disminuido ligeramente la proporción de adolescentes que reciben una condena juvenil sin remisión (del 14 al 11%). Sin embargo, está muy por encima de la proporción de 1% de los adolescentes que fueron condenados a una pena privativa de libertad sin condiciones.

Gráfico 2 Condenas a sanciones de privación de la libertad en relación con condenas anteriores - criminalidad violenta (Alemania del Oeste y Berlín)

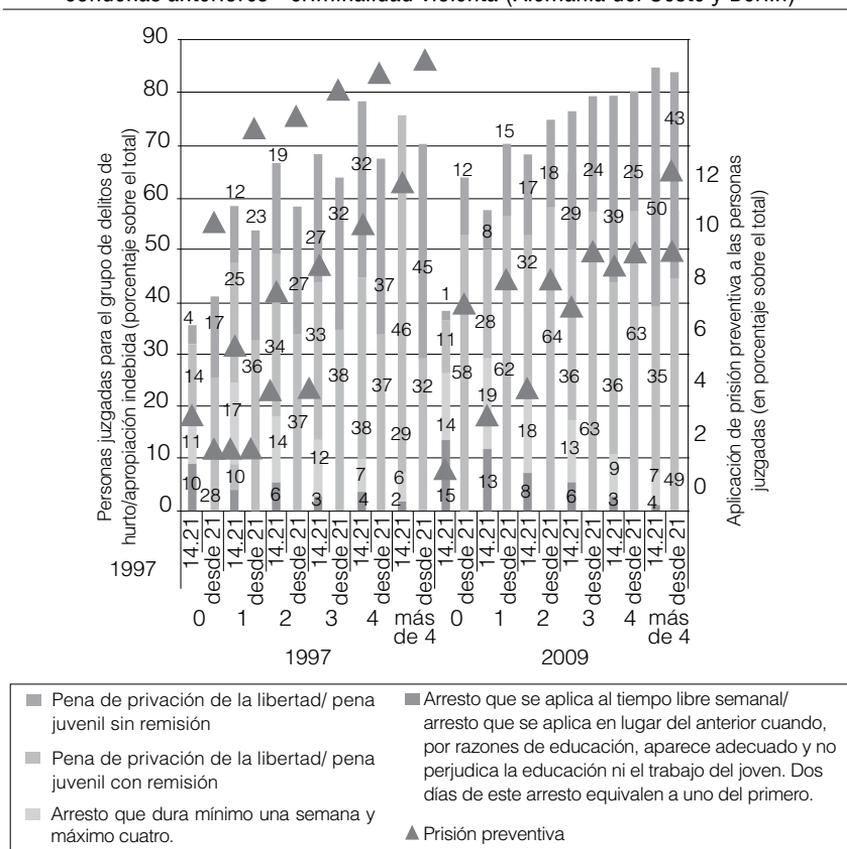


Gráfico de elaboración propia con datos tomados del Gráfico 2 del artículo original en alemán

También la probabilidad que tiene un adulto de obtener una pena privativa de libertad por un delito equivalente, es con un 4% considerablemente inferior que la de los condenados según la JGG. En los casos de delitos de alta gravedad (delitos violentos) el riesgo de ser condenado a una medida privativa de libertad es mucho mayor para los adolescentes condenados según la JGG que para aquellos adolescentes condenados según el StGB (31% JGG, 13% StGB)²⁴. Sin embargo, son condenados con menor frecuencia a una pena remitida (JGG: 36%; StGB 70%). Desde 1997 las penas privativas de libertad sin condiciones de los adolescentes y adultos condenados según el StGB han disminuido de 16 a 13% y de 32 a 24% respectivamente. Simultáneamente, las penas de los jóvenes y adolescentes condenados según la JGG se mantuvieron igual (27%) o aumentaron ligeramente (de 29% a 31%).

En cuanto a la duración de la pena, desde 1997 hasta 2009 sólo se alargaron las penas para los condenados por la JGG. Si uno considera sólo el ámbito delictual de lesiones graves y peligrosas, en 1997 el castigo de un adolescente era de 1,32 años y, en cambio, en 2009 fue de 1,74 años (con dos condenas previas). La duración media de las penas de los adolescentes condenados según la JGG pasó de 1,60 a 1,68 años, mientras que la duración de la pena de los adolescentes condenados según el StGB ha bajado de 1,32 a 0,58 años.

Sin embargo, aquí hay que constatar que la inclusión de los adolescentes en el derecho penal juvenil no se realiza a partir de los criterios del § 105 JGG. La tendencia es al aumento en virtud de la gravedad del hecho, por lo que los condenados según la JGG tienen una mayor probabilidad de ser sancionados a una pena privativa de libertad (Heinz, 2010, 98, 101).

²⁴ Aunque se puede observar un aumento de los adolescentes acusados por delitos violentos de 7.551 en 1997 a 11.869 en 2009, hay en forma más o menos constante cinco condenados según la JGG por un condenado según el StGB (2009: 9.895 versus 1.974).

Gráfico 3 Sanciones privativas de la libertad por hurto simple/apropiación indebida y delitos violentos (tres condenas previas cada uno) según grupos de edad y derecho penal utilizado

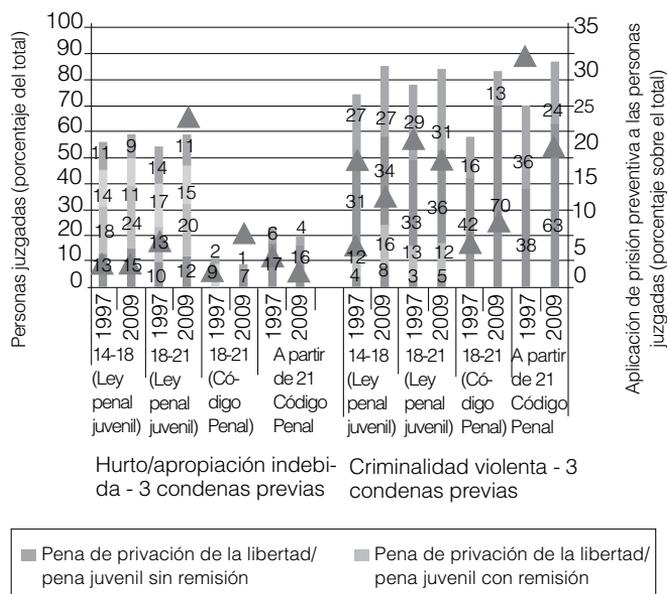


Gráfico de elaboración propia con datos tomados del Gráfico 3 del artículo original en alemán

Una aproximación puede, sin embargo, lograrse, si se considera la práctica de los tribunales. Mientras que en el contexto de la criminalidad violenta de los adolescentes, en el caso de la aplicación del StGB, la parte de los no condenados del universo total de juzgados, desde 1997 ha aumentado en más de 10 puntos porcentuales y entretanto se encuentra en 72%, la parte de los no condenados respecto de todos los adolescentes juzgados según la JGG disminuyó a 24% (después de haber alcanzado ya el 28% en 2005). Un panorama similar se da para los sobreseimientos judiciales. En el marco de la aplicación del StGB la parte de los sobreseimientos alcanza más del 40%, en el caso de la aplicación de la JGG cerca de un 20%, en el caso de los sobreseimientos según el § 47 de la JGG, aquella parte, en promedio, es de 15%²⁵. La práctica de *diversion* se puede interpretar de dos modos distintos.

²⁵ Es necesario considerar, además, que la obligación de inscripción según el §60 párrafo 1 número 7 de la Ley Federal del Registro Central (BZRG) para los trámites de procedimiento según los §§ 45, 47 JGG, incluye una posición normativamente desmedrada en comparación con el derecho penal general. Según esto, se anotan amonestaciones, obligaciones e instrucciones en el marco de la *diversion* en el registro de educación. En cambio, no hay que temer ser fichado en el caso

De una parte, las bajas cuotas de *diversion* respecto de adolescentes según la JGG pueden indicar que delitos graves tienden a ser juzgados por la JGG. De otra parte, esto también puede significar que los adolescentes juzgados según la JGG generalmente tienen un riesgo más alto de ser condenados. Eso también lo indica la tendencia observada en los jóvenes. La parte de sobreseimientos, incluso aquella según el § 47 de la JGG, ha disminuido desde 1997 en un 5% cada vez. Respecto de los delitos violentos es visible una disminución correspondiente a un 3%, de modo tal que la tasa de sobreseimientos es de 25%. Por el contrario, la cuota de sobreseimientos respecto de adultos ha subido de 23 a 26%. En el ámbito de los delitos violentos las tasas de *diversion* de los jóvenes adolescentes se corresponde con la de los adultos; solo al considerar toda la criminalidad aumentan al doble las tasas de *diversion* judicial de los jóvenes adolescentes respecto de los adultos.

Además, el fuerte aumento de las tasas de arrestos hablan de una efectiva posición de desmedro de los jóvenes delincuentes bajo la aplicación de la JGG (véanse los Gráficos 1 y 2 y el Gráfico 4).

Gráfico 4 Imposición del arresto juvenil en relación a condenas anteriores – hurto/apropiación indebida y criminalidad violenta (Alemania del Oeste y Berlín)

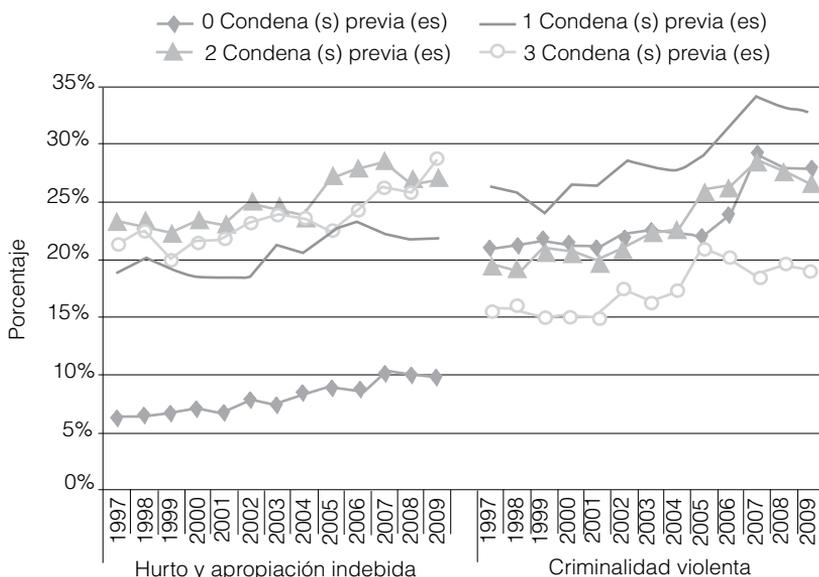


Gráfico de elaboración propia con datos tomados del Gráfico 4 del artículo original en alemán

de un sobreseimiento según los §§153, 153 a StGB. Además, la confesión presupuesta en el § 45 III JGG representa una cierta posición de desmedro.

Ya desde principios de los años noventa aumentan nuevamente las tasas de arrestos juveniles, lo que motivó la discusión sobre si la justicia en este ámbito había llegado a ser más punitiva para los jóvenes delincuentes. (Goerdeler 2007; Heinz 2011). Heinz (2011, 73) niega un aumento de punibilidad frente a los delincuentes juveniles, ya que el aumento de las tasas de arresto se dejan explicar a través del aumento de las tasas de *diversion*. En razón del desarrollo antes descrito de la praxis judicial relativa a la *diversion* y en consideración a la aplicación del arresto en relación al número de condenas anteriores, no es posible estar de acuerdo con esta opinión. Desde 1997 es llamativa una tendencia al alza en cada uno de los niveles de condenas anteriores (Gráfico 4). En caso de un delito de poca gravedad (hurto/apropiación indebida) y sin condenas previas, las tasas de arresto juvenil han aumentado casi en un 50% desde 1997. Y también respecto de delitos violentos graves se observa un aumento en caso de una a dos condenas anteriores, (cada vez en 36%), a pesar de que, como se ha descrito arriba, la *diversion* judicial es decreciente respecto de condenados según la JGG. Los sobreseimientos se deben, en la mayoría de los casos, a *diversion* del órgano persecutor, las que por cierto se identifican en las estadísticas del Ministerio Público, pero que no son compatibles con las estadísticas de persecución penal y que además no pueden evaluarse según delitos específicos. Debido a la falta de datos respecto de la *diversion* del órgano persecutor, nos acercaremos a la información observando la evolución del número de personas sospechosas, juzgadas, condenadas y encarceladas.

En la *Tabla 2* se compara el aumento y la disminución porcentual de las “cifras de cargo”²⁶ de los sospechosos, juzgados, condenados y encarcelados de los tres grupos de edad considerados para “todos los delitos excepto los del tránsito”, para “delitos violentos” y para el “hurto sin circunstancias agravantes”²⁷.

Tabla 2 Cambio porcentual de las cifras de cargo (cada 100.000 habitantes)
(Alemania del Oeste y Berlín)

	Todos los delitos sin delitos del tránsito			Criminalidad violenta			Hurto sin circunstancias agravantes		
	1997	2009	Cambio	1997	2009	Cambio	1997	2009	Cambio
TVBZ (cifra de cargo de sospechosos) 14-18	7617	7417	-2,6	972	1169	20,2	3583	2621	-26,9

²⁶ Referente a las cifras de cargo, se trata de índices relativos, que fueron estandarizados a 100.000 de cada grupo de la población.

²⁷ El hurto y la apropiación indebida no se pueden representar en el nivel de la estadística criminal de la policía (PKS).

	Todos los delitos sin delitos del tránsito			Criminalidad violenta			Hurto sin circunstancias agravantes		
	1997	2009	Cambio	1997	2009	Cambio	1997	2009	Cambio
TVBZ (cifra de cargo de sospechosos) 18 - 21	8200	8042	-1,9	902	1260	39,7	2249	1436	-36,1
TVBZ (cifra de cargo de sospechosos) 21+	2466	2548	3,3	150	188	24,9	631	430	-31,9
AUZ (cifra de cargo de juzgados) 14-18	2491	2612	4,8	417	509	22,0	867	674	-22,3
AUZ (cifra de cargo de juzgados) 18-21	3475	3338	-3,9	360	485	34,7	790	454	-42,5
AUZ (cifra de cargo de juzgados) 21+	1014	1007	-0,7	44	54	20,9	235	161	-31,4
VUZ (cifra de cargo de condenados) 14-18	1454	1639	12,7	281	354	25,9	458	395	-13,8
VUZ (cifra de cargo de condenados) 18-21	2454	2381	-3,0	252	330	30,9	534	320	-40,0
VUZ (cifra de cargo de condenados) 21+	831	821	-1,1	31	34	9,8	205	140	-31,9
GefZ (cifra de cargo de encarcelados) 14-18	17	18	8,5	8	11	40,3	17	1,1	-31,3
GefZ (cifra de cargo de encarcelados) 18-21	101	110	8,4	38	56	46,5	13	9	-31,8
GefZ (cifra de cargo de encarcelados) 21+	70	86,2	23,2	21	25	18,4	8	9	11,2

TVBZ = Tatverdächtigenbelastungsziffer; AUZ = Abgeurteiltenziffer; VUZ = Verurteiltenziffer; GefZ = Gefangenenziffer

Tabla de elaboración propia con datos tomados de la Tabla 2 del artículo original en alemán

Respecto de la criminalidad general, a nivel de sospechosos, acusados y condenados se puede establecer una tendencia a la disminución, la que se debe sobretodo a la reducción de la criminalidad del delito de hurto. A pesar de la baja del número de jóvenes sospechosos, los acusados y condenados de este grupo de edad (por 100.000 habitantes) registran un aumento del 4,8% y del 12,7% entre 1997 y 2009; por el contrario, aumenta el número de sospechosos adultos y disminuye, sin em-

bargo, el número de juzgados y el número de condenados. Respecto de la criminalidad violenta se puede observar un fuerte aumento del número de sospechosos. En cuanto a los jóvenes, las cifras de los juzgados aumentan, sin embargo, desproporcionadamente en comparación con el número de los sospechosos (20 a 22%). Y también respecto del hurto de los jóvenes disminuye el número de los juzgados y el número de los condenados menos que el número de los sospechosos. De ello se puede concluir que ni respecto de la criminalidad total ni en el ámbito de cada delito, ha aumentado la *diversion* del órgano persecutor. Además, las cifras de encarcelados en caso de delitos violentos, que respecto de los jóvenes y adolescentes aumentó fuertemente de manera desproporcionada, hablan de un aumento de la punibilidad en esta área delictiva. Si existen cambios en la praxis de la *diversion*, ello se deja apreciar, además, en la relación entre sospechosos y juzgados. En 1997 el 42,9% de los sospechosos jóvenes de un delito violento fueron juzgados por la fiscalía, en 2009 ya 43,5%. Por el contrario, la parte de los acusados de todos los sospechosos respecto de autores violentos adultos disminuyó en un 1% a un 28,6%. A pesar de la reducción de las tasas de *diversion* de jóvenes condenados según la JGG, aumentan las tasas de arresto de menores. Esto indica que, en particular, en los ámbitos donde serían posibles medidas ambulantes, se recurre a un aumento del arresto. Los aumentos se registran tanto en el *Freizeitsarrest*^{NTr} y *Kurzarrest*^{NTr} como en el *Dauerarrest*^{NTr} (véanse los *gráficos 1 y 2*). Esta evolución es muy preocupante, ya que los jóvenes experimentan una afectación mucho mayor a través de la privación de la libertad por un arresto juvenil que los adultos que cumplen una breve sanción de privación de la libertad sustituta²⁸. Por una parte, la privación de la libertad a esa edad es más perjudicial que para un adulto debido al intenso impulso por la libertad (véase *Brunner & Dolling* 2011, § 18 Rn. 19). Por otra parte, el Tribunal constitucional constató a este respecto que la percepción del tiempo es diferente

^{NTr} *Freizeitsarrest* = arresto que se aplica al tiempo libre semanal.

^{NTr} *Kurzarrest* = arresto que se aplica en lugar del anterior cuando, por razones de educación, aparece adecuado y no perjudica la educación ni el trabajo del joven. Dos días de este arresto equivalen a uno del anterior.

^{NTr} *Dauerarrest* = arresto que dura mínimo una semana y máximo cuatro.

²⁸ No es posible un análisis de la pena privativa de libertad como sustituto de la multa según el § 43 StGB, que se debiese considerar en el caso de un adulto, ya que faltan las informaciones estadísticas acerca del cumplimiento de estas penas sustitutas (Ministerio Federal del Interior y de Justicia 2006, 569). Como consecuencia del cambio de las estadísticas de ejecución de la pena, desde 2003 no se consideran más los aumentos que ocasiona esta pena privativa de libertad sustitutiva. La proporción de los deudores de penas pecuniarias, que cumplen una pena privativa de libertad como sustituto a aquélla aumentó significativamente hasta el año 2002. En los años setenta y ochenta del siglo pasado, 5 a 6% de los condenados a una pena pecuniaria cumplió por lo menos una parte de la pena pecuniaria con privación de la libertad, en 1996 la proporción era de más de 8% y siguió aumentando hasta 2002 al 9,3% (*Heinz* 2010, 62).

para los jóvenes que para los adultos, lo que lleva a una especial sensibilidad frente a la detención²⁹. Se ha criticado que la comparación entre arresto juvenil/pena juvenil y pena privativa de la libertad arroja una imagen errónea de la administración de justicia criminal juvenil; la sanción juvenil y la pena de privación de la libertad son sanciones criminales y el arresto juvenil, como último recurso, un medio de coerción (ver *Wagner* 1992, 394). Este argumento no es convincente. Se ha establecido, en repetidas ocasiones, que el arresto juvenil, debido a su escasa configuración, sólo puede cumplir la función de una pena corta de privación de la libertad (*Ostendorf*, 2009, §§ 13-16 Rn. 6 ss.) Si bien es discutido si el arresto juvenil es igualable en su contenido a una pena (véase *Eisenberg* 2010, § 16 Rn. 5, con ulteriores referencias) sigue siendo, no obstante, una medida privativa de libertad de corta duración con efectos negativos y, además, afectada con altas tasas de reincidencia (*Diemer, Schoreit & Sonnen* 2008, § 16 Rn. 2).

4. Resumen y evaluación de la posición fáctica de desmedro

La pregunta sobre una posición fáctica de desmedro de los jóvenes es de gran relevancia. Existe una prohibición respecto de una posición de desmedro para los jóvenes frente a los adultos, que prohíbe para éstos una pena superior en un procedimiento comparable (así la opinión dominante *Burscheidt* 2000; DVJJ 2002, 15 s.; *Eisenberg* 2010, § 18 Rn. 11, 15, § 45 Rn. 9; *Laubenthal y otros*, 2010, Rn. 6; *Ostendorf* 2009, § 18 Rn. 5). Por cierto la jurisprudencia ha subrayado, en primer lugar, que es posible una sanción juvenil que sobrepase la pena máxima del derecho penal general³⁰. Entretanto, sin embargo, la mirada de la jurisprudencia ha cambiado y reconoce una prohibición de una posición de desmedro³¹. Para el cálculo de la magnitud de la sanción juvenil, el principio educativo no puede conducir a sobrepasar la pena correspondiente a la culpabilidad. Se constata una limitación a través del límite máximo de la culpa. El principio de proporcionalidad habla a favor de que el derecho penal juvenil no puede disponer reacciones con una mayor intensidad de intervención que las que serían pertinentes según la legislación penal de adultos, en caso de comportamientos similares.

Pero incluso si se aceptara la opinión de aquellos que ven permitida una posición de desmedro, ya que el derecho penal juvenil no conoce un límite jurídico formal o

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal (BVerfG) de 31.05.2005 – 2 BvR 1673/04 = ZJJ, 2006, 193, 196 = NJW 2006, 2093, 2096.

³⁰ Decisión en materia penal del Tribunal Supremo alemán (BGH) 8, 78; Fallo del Tribunal Supremo alemán (BGH) en NStZ 1982, 26.

³¹ Por ejemplo, fallo del Tribunal Superior del Estado Federal de Bavaria 1991, 584; decisión de 14.08.1996 – 2 (StR) 357/96.

material (Geisler 2002, 452; Grunewald 2002, 456; Schaffstein & Beulke 2002, 194 ss.; Scheffler 1992, 492)³², las sanciones privativas de la libertad respecto de jóvenes y adolescentes, que son una parte considerablemente excesiva, serían difíciles de justificar. En general, se recurre al principio de la educación para justificar las intervenciones, por lo que este principio, que está anclado en el derecho penal juvenil, en última instancia repercute en perjuicio de los infractores jóvenes y éstos son sancionados con mayor severidad que los delincuentes según el derecho penal general (Dünkel 1990, 125, 745 ss., Heinz 1992, 377; Pfeiffer 1991, 114 ss.). Ya hace 20 años Pfeiffer (1991, 124) estableció que el principio de educación se había vuelto una “fórmula vacía peligrosamente indeterminada”. Albrecht (2002, 167 s.), que también criticó la discriminación de los jóvenes a causa del vago concepto de educación, exigió la abolición del fin educativo como justificación de un derecho penal juvenil independiente y como una “directriz para el cálculo de sanciones penales juveniles”³³. También Cornel (2002, 232) constata la contradicción de la educación en el marco de coerción penal; el principio de educación no debe legitimar un largo encarcelamiento en prisión. A pesar de la crítica al concepto de educación, la mayoría de los científicos subrayan la importancia del principio educativo y exigen una sujeción a este concepto (por ejemplo, Hassemer 2004, 352 s.; Heinz 2008 b; Kaiser 1997, 552, 554, Stump 2003, 296). Sin embargo, se propone una restricción de la influencia del principio de educación en el sentido de que ya no serían posibles discriminaciones de jóvenes y adolescentes. Además, los requisitos para la aplicación de sanciones privativas de libertad debieran, en conjunto, ser configurados de forma más restrictiva (Höynck 2009, 351).

Si bien un “plus de educación” juega un rol no menos importante en la práctica de los jueces de menores (ver Buckolt 2009, 275 ss.) y es una razón significativa para la posición de desmedro de los condenados según la JGG, no puede servir, sin embargo, como el factor explicativo para los cambios descritos en la imposición de una medida privativa de la libertad y para la determinación de la pena de los últimos

³² Al derecho penal juvenil no se le puede deducir una prohibición de una posición de desmedro, como lo demuestran los § 2 JGG y § 10 StGB (Scheffler 1992, 492). Si se considera que una posición de desmedro es inadmisibles, entonces solo resultaría de ello el planteamiento que solo es legítima una posición de ventaja por razones educativas. Pero como el derecho penal juvenil sería independiente al lado del derecho penal adulto, las decisiones allí tomadas se deberían legitimar en función de dicho sistema lo que no llevaría a que el joven sea tratado “mejor” o “peor” sino simplemente en forma “diferente” (Geisler 2002, 452). También el gobierno federal expone que una posición de desmedro de los jóvenes debe ser aceptada, ya que ésta sería necesaria para la realización del objetivo formulado para el derecho penal juvenil en el § 2 I JGG (Deutscher Bundestag 2009).

³³ Un resumen de la discusión científica acerca de la noción de la educación en el derecho penal juvenil y de las reacciones al informe de Albrecht (2002) se puede leer en Schöch (2003).

años, ya que el principio de educación, establecido en la ley, no ha cambiado a través de los años. Debe haber otras razones que pueden explicar este desarrollo.

Política, medios de comunicación y la opinión pública exigen constantemente y, en estos momentos intensamente, una sanción más severa para los jóvenes y adolescentes infractores, a pesar de que no haya una razón plausible. Ni es reconocible un dramático aumento de la delincuencia juvenil, ni las sanciones más severas permiten esperar un efecto educativo positivo o preventivo de la criminalidad. Sin embargo, no existe otro tema que mueva más a la opinión pública que el supuesto peligro inminente de la violencia juvenil³⁴. Qué papel juegan estas exigencias en la determinación de la pena por parte de los jueces, no ha sido estudiado hasta la fecha. Sólo es relativamente seguro el proceso de cómo la población genera su imagen sobre la criminalidad y qué influencia hay que atribuirle a los medios de comunicación (por ejemplo, *Hanslmaier & Kemme*, en impresión). En la población prevalecen dos supuestos falsos: la delincuencia juvenil aumenta siempre y la manera de ejecución muestra una nueva, brutal cualidad. El segundo supuesto sería que el derecho penal juvenil sería demasiado benevolente, y sólo con mayor rigor se podría combatir de manera eficaz esta criminalidad (*Ostendorf* 2011, 101 ss.) Tanto la “tesis de la brutalización” (*Neubacher* 2008, 192 ss.) así como también el “efecto disuasorio” no han podido ser comprobados mediante investigaciones empíricas (*Ostendorf*, 2011, 101 ss., con ulteriores referencias). Tanto la imagen que tiene la población de la delincuencia juvenil como la regulación de las sanciones están influenciadas y controladas de manera decisiva por la información a través de los medios de comunicación (*Kury & Obergfell-Fuchs* 2006, 149; *Walter* 2008, 435 ss.). Tiene lugar una focalización en los casos extremos e inusuales, la que lleva a una percepción distorsionada por parte de la población y, en el plano político, a la presión para actuar en la dirección de obtener un endurecimiento de las penas (*Walter* 2008, 437, 439). Según *Walter* (2008), se ha formado “una realidad mediática que se basa en plausibilidades, experiencias y estados de ánimo subjetivos y que se cierra a la criminología científica” (*Walter* 2008, 443). En la encuesta a los jueces de menores de *Neubacher* (1999, 13), la mayoría de los encuestados expresaron la

³⁴ Por ejemplo, se discute la implementación de un así llamado “arresto como tiro al aire o de advertencia”, una conjunción del arresto juvenil (§ 16 JGG) y de diferentes formas de suspensión de la pena juvenil (*Radtke* 2009, 417 y siguientes; 2010, 223 y siguientes). El proyecto de ley de 23.03.2006 incluye un cambio al § 8 II JGG, el cual permite que sea posible la unión del arresto juvenil con la pena juvenil con remisión (§ 21 JGG) y la unión del arresto juvenil con la suspensión de la imposición de la pena juvenil (§ 27 JGG). También está planeado que la prohibición de conducir sea una pena principal. Además, se planea tratar a los adolescentes, por regla general, según el derecho penal general y aumentar la pena máxima del derecho penal juvenil de 10 a 15 años (*Hassemer* 2004, 348; *Jung* 2008, 601 con ulteriores referencias; *Köhne* 2008, 370 s.; *Merk* 2008, 71). El 15.02.2008 el “Bundesrat” llamó al Parlamento Alemán a votar el proyecto de ley pendiente.

sospecha de que la población espera sanciones más severas para los delincuentes que la que los jueces consideran adecuadas basándose en las leyes correspondientes. Parece existir una presión social que no sólo es percibida por la política, sino también por la justicia. También de las evaluaciones de los expertos *Kemme, Hanslmaier & Stoll* (2011, 163) se desprende que la necesidad de seguridad de la población tanto como las exigencias de sanciones más severas, especialmente a través de la participación de escabinos, influyen en los jueces responsables.

Los datos numéricos existentes no proporcionan ninguna indicación de que el castigo de los jóvenes/adolescentes sea demasiado bajo, más bien se puede observar un aumento de las penas privativas de la libertad desde 1997 en las áreas de delito analizadas. Por esta razón es importante normar en el sistema de justicia juvenil lo que en principio debería ser dado por supuesto: la prohibición de una posición de desmedro de los jóvenes y adolescentes sancionados según la JGG. Se trata menos de un correctivo de esfuerzos educativos exagerados que de un principio de culpabilidad normado en la constitución. La culpabilidad de una persona joven no puede superar la culpabilidad de una persona adulta. Más bien la culpa personal de un adolescente debe considerarse más baja (ver *Hirsch* 2001, 1080 ss.). Debido a la pubertad como un tiempo de “experimentar o probar límites”, debería ejercerse una “tolerancia parcial” frente a todos los jóvenes, especialmente frente a los primerizos (*Hirsch* 2001, 1089 ss.). Además, las medidas privativas de la libertad representan para los jóvenes, debido a su deseo más fuerte por la libertad, una mayor carga que para los adultos (*Brunner & Dölling* 2011, § 18, Rn. 19; *Bereswill* 2010, 547 ss.). Ciertamente es que el concepto educación es inseparable del derecho penal juvenil, por lo que tampoco se debería dejar fuera. Con el fracaso del principio de educación del derecho penal juvenil, existe mucho más el peligro de un apoyo mayor en el derecho penal general (véase *Stump* 2003, 295; *Walter* 2002, 450 ss.), una tendencia que ya se puede observar en la actualidad. Desde los defensores del principio educativo se propaga que la educación, mientras sea posible, debe pertenecer a un derecho penal juvenil funcional. El término “educación” en el derecho penal juvenil no debe malinterpretarse de forma que cumplidos los 21 años de edad empiece ad hoc una fase de la edad adulta resistente a la educación. Más bien debe considerarse el desarrollo de un ser humano a lo largo de toda la vida (“life span developmental psychology”, por ejemplo, *Baltes* 1987), lo que encuentra observancia en el marco de los esfuerzos de resocialización en la ejecución de la pena. Esto habla a favor de la necesidad de reflexionar sobre una rígida separación entre el derecho penal juvenil y el derecho penal general y también tomar en consideración un sistema de consecuencias jurídicas más flexible para los adultos. También de esta forma y manera se puede tratar la posición fáctica de desmedro de los condenados jóvenes y adolescentes.

Bibliografia

- Albrecht, H.-J.* (2002). Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? Bedarf es und wenn ja welcher Veränderungen? Gutachten für den 64. Deutschen Juristentag. München.
- Baltes, P.B.* (1987). Theoretical Propositions of Life-Span Theory in Developmental Psychology: On the Dynamics Between Growth and Decline. *Developmental Psychology* 23/5, 611–626.
- Bereswill, M.* (2010). Straftat als biographischer Einschnitt. Befunde zum Jugendstrafvollzug aus der Perspektive seiner Insassen, en: B. Dollinger & H. Schmidt-Semisch (Hrsg.), *Handbuch Jugendkriminalität. Kriminologie und Sozialpädagogik im Dialog*. Wiesbaden.
- Brunner, R. & Dölling, D.* (2011). *Jugendgerichtsgesetz. Kommentar*. Berlin, Boston.
- Buckolt, O.* (2009). *Die Zumessung der Jugendstrafe*. Baden-Baden.
- Bundesministerium des Innern & Bundesministerium der Justiz* (2006). *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht*. Berlin.
- Burscheidt, U.* (2000). Das Verbot der Schlechterstellung Jugendlicher und Heranwachsender gegenüber Erwachsenen in vergleichbarer Verfahrenslage. Baden-Baden.
- Cornel, H.* (2002). Wie die Erziehung in das Gefängnis kam. Über die fragwürdige Verbindung von Strafe und Erziehung, en: H. Cornel (Hrsg.), *Neue Kriminalpolitik und Soziale Arbeit*. Baden-Baden, 225–233.
- Deutscher Bundestag* (2009). *Jugendstrafrecht im 21. Jahrhundert*. Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der Abgeordneten Jerzy Montag, Kai Gehring, Dr. Uschi Eid, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Berlin. Deutscher Bundestag.
- Diemer, H., Schoreit, A. & Sonnen, B.-R.* (2008). *Jugendgerichtsgesetz. Kommentar*. Heidelberg.
- Dünkel, F.* (1990). *Freiheitsentzug für junge Rechtsbrecher. Situation und Reform von Jugendstrafe, Jugendstrafvollzug, Jugendarrest und Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland und im internationalen Vergleich*. Bonn.
- Dünkel, F., Geng, B. & Morgenstern, C.* (2010). *Strafvollzug in Deutschland. Aktuelle rechtstatsächliche Befunde*. *Forum Strafvollzug – Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe* 1, 22–34.
- DVJJ* (2002). 2. *Jugendstrafrechtsreform-Kommission: Vorschläge für eine Reform des Jugendstrafrechts*. Abschlussbericht der Kommissionsberatungen von

- März 2001 bis August 2002. DVJJ-Journal – Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe EXTRA Nr. 5. Hannover.
- Eisenberg, U.* (2010). Jugendgerichtsgesetz. JGG-Kommentar. München.48 MschrKrim 95. Jahrgang – Heft 1 – 2012
- Geisler, C.* (2002). Reformbedarf im Jugendstrafrecht? Anmerkungen aus der Praxis zur »notwendigen«Verteidigung im Jugendstrafverfahren bei Verbrechensvorwurf. Neue Zeitschrift für Strafrecht 22/9,449–452.
- Gerken, J. & Berlitz, C.* (1988). Sanktionseskalation. Zum fatalen Zusammenhang von Erziehungsideologie und Registerrecht, en: J. Gerken&K.F. Schumann (Hrsg.), Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat. Der Erziehungsgedanke in der Jugendgerichtspraxis. Pfaffenweiler.
- Goerdeler, J.* (2007). Mehr Jugendarrest und mehr Arbeitsauflagen vor allem bei Gewaltdelikten. Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 4, 211–212.
- Grunewald, R.* (2002). Der Individualisierungsauftrag des Jugendstrafrechts – Über die Reformbedürftigkeit des JGG. Neue Zeitschrift für Strafrecht 22/9, 452–458.
- Hanslmaier, M. & Kemme, S.* (im Druck). Kriminalität in der öffentlichen Wahrnehmung: Welchen Einfluss hat die Mediennutzung? Rechtssoziologie.
- Hassemer, W.* (2004). Jugend im Strafrecht – Eröffnungsvortrag zum 26. Deutschen Jugendgerichtstag. Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 4, 344–356.
- Heinz, W.* (1992). Abschaffung oder Reformulierung des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht?, en: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung: Symposium an der kriminologischen Forschungsstelle der Universität zu Köln. 2. Kölner Symposium. Bonn, 369–414.
- Heinz, W.* (2008 a). »Bei der Gewaltkriminalität junger Menschen helfen nur härtere Strafen!« Fakten und Mythen in der gegenwärtigen Jugendkriminalpolitik. Konstanz.
- Heinz, W.* (2008 b). Streng genug?! Stellungnahme zur aktuellen Diskussion um eine Verschärfung des Jugendstrafrechts. Sozialmagazin – Die Zeitschrift für Soziale Arbeit 33/2, 6–11.
- Heinz, W.* (2010). Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882–2008. Konstanzer Inventar Sanktionsforschung 1. Konstanz.
- Heinz, W.* (2011). Jugendarrest im Aufwind? Einige rechtstatsächliche Betrachtungen. Forum Strafvollzug – Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe 2, 71–79.
- Heisig, K.* (2010). Das Ende der Geduld. Freiburg.

- Höfer, S.* (2003). Sanktionskarrieren. Freiburg.
- Hoppenworth, E.* (1991). Strafzumessung beim Raub. Eine empirische Untersuchung der Rechtsfolgenzumessung bei Verurteilungen wegen Raubes nach allgemeinem Strafrecht und nach Jugendstrafrecht. München.
- Höynck, T.* (2009). Jugendstrafrecht im 21. Jahrhundert. Kommentare zur Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage zum Jugendstrafrecht – Sanktionen des JGG, Fragen 30–48. Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 4, 350–351.
- Hügel, C.* (1987). Ergebnisse der empirischen Untersuchung, en: W. Heinz & Ch. Hügel (Hrsg.), Erzieherische Maßnahmen im deutschen Jugendstrafrecht. Bonn.
- Hupfeld, J.* (1996). Jugendrichterliches Handeln. Eine Analyse der Reaktionen auf Rückfalldelinquenz aus psychologischer Perspektive. Baden-Baden.
- Jung, H.* (2008). Jugendrichter – Eine Momentaufnahme zum Hundertjährigen. Goldammer's Archiv für Strafrecht 155, 599–610.
- Kaiser, G.* (1997). Krise und Zukunft des Jugendstrafrechts, en: F. Dünkel, A. van Kalmthout & H. Schüler-Springorum (Hrsg.), Entwicklungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich. Mönchengladbach, 539–564.
- Kemme, S., Hanslmaier, M. & Stoll, K.* (2011). Kriminalitätsentwicklung 1995 bis 2008: Ergebnisse einer Expertenbefragung. KFN-Forschungsbericht Nr. 112. Hannover.
- Köhne, M.* (2008). (Nichts) Neues zum Jugendstrafrecht. Juristische Rundschau 9, 369–372.
- Kury, H. & Oberfell-Fuchs, J.* (2006). Zur Punitivität in Deutschland. Soziale Probleme – Zeitschrift für soziale Probleme und soziale Kontrolle 17/2, 119–154.
- Kurzberg, B.* (2009). Jugendstrafe aufgrund schwerer Kriminalität. Eine Untersuchung zur Strafzumessung bei Jugendlichen, Heranwachsenden und jungen Erwachsenen im Hinblick auf den Erziehungsgedanken im Jugendstrafrecht. Berlin.
- Laubenthal, K., Baier, H. & Nestler, N.* (2010). Jugendstrafrecht. Berlin, Heidelberg.
- Merk, B.* (2008). Verschärfung des Jugendstrafrechts? Zeitschrift für Rechtspolitik 2, 71.
- Kemme/Stoll*, Bestehende Benachteiligungen junger Straftäter 49
- Neubacher, F.* (1999). Die fremdenfeindlichen Brandanschläge nach der Vereinigung. Eine empirische Untersuchung ihrer Phänomenologie und ihrer justiziellen Verarbeitung in Jugendstrafverfahren. Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 82/1, 1–15.

- Neubacher, F.* (2008). Jugendgewalt: Weder häufiger noch brutaler! – Zur Deutung des kriminalstatistischen Anstiegs der Gewalt- und Betrugsdelikte. *Zeitschrift für Rechtspolitik* 6, 192–195.
- Niedling, D.* (2005). Strafprozessualer Opferschutz am Beispiel der Nebenklage. Bestandsaufnahme und Ausblick nach sechzehn Jahren Opferschutzgesetz. Münster.
- Ostendorf, H.* (2009). Jugendgerichtsgesetz – Kommentar. Baden-Baden.
- Ostendorf, H.* (2011). Strafverschärfungen im Umgang mit Jugendkriminalität, en: B. Dollinger & H. Schmidt-Semisch (Hrsg.), *Handbuch Jugendkriminalität. Kriminologie und Sozialpädagogik im Dialog*. Wiesbaden, 91–104.
- Pfeiffer, C.* (1991). Unser Jugendstrafrecht – Eine Strafe für die Jugend? *DVJJ-Journal* 2, 114–129.
- Pfeiffer, C.* (1992). Neuere kriminologische Forschungen zur jugendrechtlichen Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, en: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung: Symposium an der kriminologischen Forschungsstelle der Universität zu Köln*. 2. Kölner Symposium. Bonn, 60–90.
- Pfeiffer, C.* (2010). Kirsten Heisigs Irrtümer. *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe* 3, 323–325.
- Radtke, H.* (2009). Der sogenannte Warnschussarrest im Jugendstrafrecht – Verfassungsrechtliche Vorgaben und dogmatisch-systematische Einordnung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 121/2, 416–449.
- Radtke, H.* (2010). Neue Sanktionen gegen jugendliche Mehrfachtäter?, en: B.-D. Meier (Hrsg.), *Kinder im Unrecht – Junge Menschen als Täter und Opfer*. Berlin, 223–233.
- Schaffstein, F. & Beulke, W.* (2002). *Jugendstrafrecht. Eine systematische Darstellung*. Stuttgart.
- Scheffler, U.* (1992). Absehen von Strafe im Jugendstrafrecht. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 12/10, 491–492.
- Schöch, H.* (2003). Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? *Recht der Jugend und des Bildungswesens* 51/3, 299–308.
- Schott, T., Suhling, S., Görge, T., Löbmann, R. & Pfeiffer, C.* (2004). Der Anstieg der Belegung im Justizvollzug Niedersachsens und Schleswig-Holsteins: Folge der Kriminalitätsentwicklung oder gerichtlicher Strafhärte? Eine Analyse der Strafverfolgungspraxis auf Grundlage der amtlichen Rechtspflegestatistiken 1990

- bis 2002, einer Aktenanalyse 1991, 1995 und 1997 und einer Justizpraktikerbefragung 2002. Hannover.
- Spiess, G.* (2010). Jugendkriminalität in Deutschland – zwischen Fakten und Dramatisierung. Kriminalstatistische und kriminologische Befunde. Konstanzer Inventar Kriminalitätsentwicklung. Konstanz.
- Streng, F.* (2007). Sanktionswahl und Strafzumessung im Jugendstrafrecht – Ergebnisse einer empirischen Studie, en: H. Schöch, R. Helgerth, D. Dölling & P. König (Hrsg.), Recht gestalten – dem Recht dienen. Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007. Berlin, 431–464.
- Stump, B.* (2003). »Adult time for adult crime« – Jugendliche zwischen Jugend- und Erwachsenenstrafrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Sanktionierung junger Straftäter. Mönchengladbach.
- Verrel, T. & Käuffl, M.* (2008). »Warnschussarrest« – Kriminalpolitik wider besseres Wissen? Neue Zeitschrift für Strafrecht, 177–181.
- von Hirsch, A.* (2001). Proportionale Strafen für Jugendliche – Welche Unterschiede gibt es im Vergleich zu Strafen für Erwachsene?, en: B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke & H.-J. Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001. Berlin, New York, 1077–1094.
- Wagner, R.* (1992). Unser Jugendstrafrecht: Tatsachen – Ursachen – Hintergründe. Die grenzenlosen Visionen Christian Pfeiffers und sein Verhältnis zu geltendem Recht. Zentralblatt für Jugendrecht 7–8, 392–405.
- Walter, M.* (2002). Das Jugendkriminalrecht in der öffentlichen Diskussion: Fortentwicklung oder Kursänderung zum Erwachsenenstrafrecht? Goldammer's Archiv für Strafrecht 149, 431–454.
- Walter, M.* (2008). Jugendkriminalität und Medien. Recht der Jugend und des Bildungswesens 56/4, 435–445. 50 MschrKrim 95. Jahrgang – Heft 1 – 2012
- Weber, M.* (1990). Die Anwendung der Jugendstrafe. Rechtliche Grundlagen und gerichtliche Praxis. Frankfurt/M. u.a.

VI. Los efectos del encarcelamiento reexaminados^{*1}

Alison Liebling y Shadd Maruna

Los delincuentes emergen de la cárcel temerosos de confiar, con miedo a lo desconocido y con una visión del mundo formada por el significado que sus comportamientos tenían en el contexto penitenciario. Para un recluso recién liberado, experiencias como un empujón en el metro, que alguien pase el brazo ante él para sacar una toalla de papel en un baño o el contacto visual pueden ser interpretados como precursores de un ataque físico. En las relaciones con sus seres queridos, este tipo distorsionado de socialización implica dificultad para resolver los problemas mediante el diálogo. En un sentido, el sistema que hemos diseñado para manejar a los delincuentes es uno de los más iatrogénicos de la historia, que nutre las mismas características que afirma impedir.

(Miller, 2001: 3)

Es conocido el argumento de Florence Nightingale (1859) de que el primer principio del hospital debería ser no dañar a los enfermos. Una historia reciente de los estándares penitenciarios (Keve, 1996: 1) comienza por argumentar que Nightingale “seguramente habría formulado un principio parecido para las cárceles”. Al parecer, de hecho lo hizo, o al menos argumentó que se debería investigar más sobre si las prisiones provocaban daño o no. En una carta al *Manchester Guardian* en 1890, Nightingale lamenta el hecho de que “se estudie mucho menos la criminología que la insectología” y argumenta que “tendría enorme importancia el acceso público a las estadísticas, bien explicadas y desarrolladas, respecto de la influencia del castigo sobre el crimen, o de los reformatorios y colegios industriales sobre los delincuentes juveniles”. Ella creía que si se contaba con tal conocimiento, ninguna

* Publicado en: Alison Liebling y Shadd Maruna (eds.), *The Effects of Imprisonment*, Willam Publishing, 2005. Traducción: Carmen Gloria Olivero. Revisión y edición: Francisca Werth y Gonzalo Berríos. Agradecemos a los profesores Maruna y Liebling su autorización para traducir y publicar este artículo.

sociedad racional apoyaría un sistema de “reforma” que hiciera a sus sujetos más propensos a delinquir después de su liberación que antes de su reclusión.

Desde la época de Nightingale, la disciplina de la criminología ha mostrado un enorme crecimiento (y sin duda ya eclipsó a la entomología, al menos en términos de los niveles de interés de los estudiantes de pregrado) y las estadísticas de reincidencia del tipo que ella describió han pasado a ser uno de los productos más esenciales de la disciplina (véase Baumer *et al*, 2002; Beck, 2000; Kershaw, 1997). Sin embargo, la cárcel ha permanecido a través del tiempo, y de hecho la dependencia del encarcelamiento como medio de control social ha aumentado sustancialmente en los últimos 20 años en el Reino Unido, y especialmente en Estados Unidos. Dependemos del encarcelamiento mientras permanecemos ciegos a la falsedad de nuestras presunciones sobre su justicia y eficacia. Como argumenta Garland (1990), en lo referido estrictamente a sus funciones técnicas, el encarcelamiento no funciona, y hay otras instituciones mucho mejor planteadas para proporcionar bienes tales como “reparación”, “inclusión” y “corrección”. Sin embargo, supuestamente el público consiente el uso creciente de las cárceles, basado al menos en gran parte sobre estos fundamentos limitados, tecnicistas y no comprobados (Useem *et al* 2003).

¿En qué erraron las notables habilidades predictivas de Nightingale? Quizás los seres humanos no somos tan racionales como ella consideraba. O, de forma más optimista, quizás la criminología simplemente ha fracasado en convencernos de que las cárceles no “funcionan”. El estudio de los efectos de la prisión tiene una distinguida historia dentro de la criminología. Sin embargo, el debate se ha puesto agrio en las últimas décadas (evidenciado en parte por las escasas investigaciones de esta naturaleza apoyadas por los consejos de investigación de justicia penal en años recientes). Haney y Zimbardo (1998: 721) plantean que, aunque los científicos sociales contribuyeron significativamente a los fundamentos intelectuales sobre los cuales se ha desarrollado la cárcel moderna, en los últimos 25 años hemos “renunciado a tener voz y autoridad en los debates sobre política penitenciaria”. Este abandono creó “un vacío ético e intelectual que ha socavado la calidad y la legitimidad de las prácticas correccionales”, argumentan.

En los últimos años, el paradigma dominante en la bibliografía sobre los efectos de la cárcel, expresado por autores como Zamble y Porporino (1988) y otros, es que el encarcelamiento es parecido a una “congelación profunda del comportamiento” (véase Oleson, 2002 para una ingeniosa parodia de esta propuesta). Es decir, los estilos y las capacidades adaptativas de los infractores son básicamente invariables y en gran medida insensibles a los efectos del encarcelamiento. En este marco, la prisión simplemente congela las tendencias preexistentes de una persona hasta que se presenten nuevas oportunidades para ejercerlas con libertad en el futuro. Esencialmente, el trágico optimismo de Dostoievsky de que los humanos deben ser criaturas que pue-

dan “aguantar cualquier cosa” (lo que aprendió de la peor forma después de pasar cuatro años en un campo de prisioneros siberiano) se ha convertido en la peligrosa presunción asumida en el pensamiento contemporáneo sobre los efectos de la cárcel.

La conclusión lógica de este argumento de “congelación profunda” no es tanto que “nada funciona”, sino que “nada importa”. Las prisiones pueden hacerse tan duras e inhumanas como se desee, y no existe encarcelamiento que sea mucho más inhumano que las condiciones en las llamadas cárceles “de máxima seguridad”, de amplia difusión en los Estados Unidos (véase Haney, en *The Effects of Imprisonment*, 2005), y no se hará ningún daño real a sus infortunados habitantes. Entre las debilidades de este argumento se incluye la estrechez con que se define “daño”. La bibliografía contemporánea sobre los efectos de la cárcel carece de análisis suficiente del impacto en la dimensión afectiva que produce. El miedo, la ansiedad, la soledad, el trauma, la depresión, la injusticia, la impotencia, la violencia y la incertidumbre son parte de la experiencia de la vida en la cárcel. Estos rasgos “ocultos” -pero aparentes en todas partes- de la vida en la prisión, no han sido medidos ni tomados con suficiente seriedad por quienes estudian los efectos de las cárceles. Los sociólogos que han analizado la vida en la cárcel sabían que estos aspectos eran significativos, pero han fracasado en gran medida en convencer a los demás, en una forma metodológicamente fuerte y sólida, de que tal “sufrimiento” constituye un “daño” medible (véase Liebling, 1999). Sin embargo, los “sufrimientos” tienen consecuencias, aunque sean indirectas. Las pequeñas humillaciones y las injusticias diarias que se experimentan en la cárcel (como en nuestras comunidades) pueden sufrirse en silencio, pero a medida que se van acumulando y enconando, estas heridas pueden volver como odio y violencia “inexplicables” (véase Gilligan, 1999). Después de todo, si la consecuencia de la injusticia y el rechazo es el odio (Storr, 1991: 49; Parker, 1970: 84-6) o el resentimiento (Barbalet, 1998), y el producto de este sufrimiento es la violencia (de Zulueta, 1993), seguramente estamos obligados a evitar estos efectos no deseados y no pretendidos.

Nuestras insatisfacciones con el desarrollo de la bibliografía existente y nuestro reconocimiento de la inminente emergencia de un trabajo importante que desafiara el paradigma del “congelamiento”, constituyeron el fundamento para la conferencia de la cual surgieron los siguientes capítulos.² Nuestro -sin duda- ambicioso objetivo al reunir esta colección de capítulos de académicos líderes internacionales es dar una nueva dirección a la conversación entre ellos, definidores de políticas públicas y profesionales respecto de los efectos que tiene la cárcel. Definimos este tema en forma amplia, a fin de incluir los impactos sociales, psicológicos, emocionales y de comportamiento que implica la experiencia de la privación de libertad sobre los encarcelados (durante y después de su prisión), como también el impacto del encarcelamiento sobre sus familias (véase Murray, *The Effects of Imprisonment*, 2005)

y también entre quienes trabajan en las instituciones penitenciarias (véase p.ej. Arnold, *The Effects of Imprisonment*, 2005; Carlen, *The Effects of Imprisonment*, 2005). Y especialmente observando la influencia la cárcel ha tenido sobre una sociedad (por ejemplo, encarcelación masiva en Estados Unidos y en otros países).

Estos temas están lejos de ser meramente académicos. Por ejemplo, puede haber repercusiones en el sistema de justicia si las medidas de castigo que parecen ser objetivas, calibradas por períodos, tienen efectos subjetivos radicalmente diferentes sobre sus receptores (Von Hirsch, 1993; Liebling, 2004). Es necesario entender los verdaderos efectos del encarcelamiento para apreciar también lo que pasa dentro de las cárceles. Como argumentó Sykes, las privaciones de la vida en la cárcel proveen la energía que impulsa el sistema de acción que caracteriza la cárcel (Sykes, 1958). Incluso hay una relación entre el debate sobre los efectos y el diseño de las cárceles: el hecho de reflexionar sobre el impacto de la cárcel a través del tiempo nos ayuda a entender el aparentemente contradictorio estado penitenciario en Inglaterra y Gales,³ por ejemplo. Finalmente, es obvio que entender los efectos deseados y no deseados del encarcelamiento tiene repercusiones serias para el tratamiento de los internos y la reducción de la reincidencia. Los nulos hallazgos y resultados que muestran muchas de las intervenciones mejor diseñadas podrían deberse a que el impacto positivo de alguna de ellas, como la educación o la capacitación laboral, estaría siendo socavado sistemáticamente por los efectos negativos del propio proceso de encarcelamiento.

El relato que sigue presenta una revisión selectiva del debate sobre los efectos de la encarcelación de los últimos 50 años y expone algunas de las limitaciones hasta la fecha. Empezamos con el consenso posguerra respecto de los peligros de las instituciones totales como las cárceles sobre la salud mental y la personalidad de los individuos cautivos. Luego, revisamos el cambio en la década de 1980 hacia la visión del encarcelamiento como una experiencia en gran parte neutra, con escaso impacto duradero, ya sea bueno o malo. Concluimos con algunos de los nuevos temas que han emergido en años recientes y que constituyen la base de esta recopilación.

El consenso posguerra sobre los efectos de la cárcel

Los sociólogos críticos de las instituciones *per se* (p.ej. el clásico *Asylums* de Goffman, 1961) hicieron las primeras críticas importantes sobre el encarcelamiento y sus efectos. En Reino Unido, Barton (1966) reunió varios estudios que demostraban los efectos dañinos de la institucionalización bajo el título “Neurosis Institucional”. Esto era:

...una enfermedad caracterizada por la apatía, la falta de iniciativa, pérdida de interés más marcado en las cosas o en los eventos no inmediatamente personales o presentes, la sumisión y a veces la no expresión del resentimiento por órdenes

duras o injustas. También hay falta de interés en el futuro e incapacidad aparente de crear planes prácticos al respecto, deterioro en los hábitos personales, la higiene y los valores en general, pérdida de individualidad y aceptación resignada de que las cosas seguirán como son, inmutables, inevitables e indefinidas.

(Barton, 1966: 14)

Diversos factores se entrelazan en conexión con su etiología: la pérdida de contacto con el mundo externo; la obligada inactividad y la pérdida de responsabilidad; las actitudes autoritarias del personal médico o de enfermería; la pérdida de las posesiones personales y los amigos; los medicamentos recetados y la ausencia de posibilidades fuera de la institución (p. 63).⁴

En la misma época, se expresaban otras objeciones más específicas sobre los efectos del encarcelamiento en el Reino Unido, incluso en un informe del Consejo Asesor sobre el Tratamiento de Delincuentes en Prisión Preventivaⁱ (Home Office, 1963). Las investigaciones realizadas (p.ej. West, 1963) mostraban que era evidente que se estaban aplicando correctamente condenas muy largas a infractores reincidentes -personas socialmente "inadecuadas"- y que tales condenas de prisión sólo reforzaban el ciclo de dependencia, institucionalización y delincuencia (West, 1963: 106-7; Ministerio del Interior, 1963). *El Ciudadano Desconocido* de Tony Parker ilustró poderosamente esta crítica:

El encarcelamiento ni me reforma ni me disuade. Confirma y completa la destrucción de mi personalidad, y ahora me ha condicionado tanto que soy casi totalmente incapaz de vivir en el exterior. La cárcel se ha convertido en el único lugar donde puedo existir satisfactoriamente y devolverme allí ha pasado a ser una gentileza de su parte, ya que la tensión de vivir en el exterior es tan dolorosa e intensa.

(Parker, 1963: 156)

En un estudio de campo sobre los ambientes penitenciarios,⁵ Gresham Sykes (1958) utilizó la expresión de los "sufrimientos del encarcelamiento". En su estudio sociológico de una cárcel de máxima seguridad en Trenton, Sykes identificó cinco de los principales sufrimientos de la privación de libertad, a saber:

- La pérdida de la libertad (el confinamiento, el alejamiento de la familia y de los amigos, el rechazo de la comunidad y la pérdida de ciudadanía: la muerte civil, con el resultado de la pérdida de relaciones emocionales, soledad y aburrimiento).
- La privación de bienes y servicios (la elección, las comodidades y las posesiones materiales).

ⁱ Nota del editor: Nombre en inglés: Advisory Council on the Treatment of Offenders on Preventive Detention.

- La frustración del deseo sexual (los reclusos estaban castrados, en sentido figurado, por el celibato involuntario).
- La privación de autonomía (la rutina del régimen reglamentario, el trabajo, las actividades, las restricciones triviales y aparentemente sin sentido, por ejemplo la entrega de cartas, la falta de fundamentos de las decisiones).
- La privación de la seguridad (la asociación forzada con otros reclusos impredecibles, que provoca miedo y ansiedad; los reclusos debían pelear constantemente por su seguridad y de sus posesiones) (Sykes, 1958: 63-78).

Según Sykes, los reclusos perdieron la confianza de la sociedad, su ciudadanía y sus posesiones materiales, que constituían gran parte de su auto-percepción. Las nimiedades de la vida eran reguladas con indiferencia burocrática a las necesidades y valores individuales.

El encarcelamiento, es entonces doloroso. Sin embargo, los sufrimientos del encarcelamiento no se pueden visualizar como limitados a la pérdida de la libertad física. Los sufrimientos significativos radican en las frustraciones o privaciones que acompañan a la retirada de libertad, como la falta de relaciones heterosexuales, el aislamiento de la comunidad libre, la retención de bienes y servicios, etc. Y por dolorosas que puedan ser esas frustraciones o privaciones en los términos inmediatos de las metas frustradas, la incomodidad, el aburrimiento y la soledad, tienen un sufrimiento más profundo si se consideran como un grupo de amenazas o ataques dirigidos contra los propios fundamentos del ser del recluso. La imagen de sí mismo como persona de valor...empieza a debilitarse. Es verdad que la sociedad no planeó este ataque e incluso la sociedad puede incluso sentirse "orgullosa" de la humanidad del moderno trato del delincuente. Pero los sufrimientos del encarcelamiento permanecen y es esencial que los reconozcamos, porque proveen la energía de la sociedad de cautivos como sistema de acción.

(Sykes, 1958: 78-9)

Estas privaciones amenazaban el sentido de valor del recluso y su concepto de sí mismo. Proporcionaban la energía para que "la sociedad de cautivos" actuara colectivamente para mitigar sus efectos. Hacían que los encarcelados generaran métodos alternativos para obtener autoestima.

La literatura de posguerra ha representado entonces el poder de las instituciones como algo peligroso y dañino, incluso el temor del colapso (Cohen y Taylor, 1972) y la desesperanza sobre el futuro. Esta tradición tal vez se expresa mejor en un estudio más reciente de Gallo y Ruggiero (1991), que describen a las cárceles como "fábricas para la manufactura de discapacidades psicosociales": "Incluso los regímenes más modernos, cómodos y 'humanos' proveen formas de destrucción que se incorporan en la normalidad del encarcelamiento" (Gallo y Ruggiero, 1991: 278). Argumentan

que los dos tipos más comunes de comportamiento encontrados en la cárcel son la agresión y la depresión. Los reclusos describen el dolor causado por sus intentos de controlar la propia angustia como uno de los sufrimientos más duros del encarcelamiento. Las técnicas que adoptan para sobrevivir a la privación de libertad les hicieron daño. Como decía un recluso:

Me encontré cediendo mi lugar en una fila a los internos "respetables"; dándoles la mano a algunos e ignorando a otros; burlándome de un reo y siendo respetuoso y sumiso con otro. Todos cumplían estas reglas no escritas. Si no lo hacías, te miraban con suspicacia; te veían como alguien a quien evitar, a veces a quien castigar.

(*ibid.*)

Gallo y Ruggiero describen las cárceles como mundos de "descomunicación" (ver Johnson, *The Effects of Imprisonment*, 2005), en los que los reclusos vivían en un estado de ansiedad constante o se "desconectaban" por medio de un ausentismo psicológico promovido por la disponibilidad de drogas. Argumentaban que en la cárcel "es posible hablar con cien palabras" (*ibid.*: 285).

Dos estudios psicológicos históricos proporcionaron considerable apoyo a este consenso antiinstitucional en la sociología: el estudio sobre la obediencia de Milgram y el experimento de cárcel modelo de Zimbardo. Ambos siguen siendo importantes referencias, a pesar de sus debilidades metodológicas significativas y bien documentadas⁶. Con algunas excepciones (p.ej. Shover, 1996), la penología contemporánea descuida estos estudios y tiende a considerarlos desprestigiados. Sin embargo, en nuestra opinión, los dos (y la polémica que provocaron) entregan perspectivas teóricas y empíricas importantes de relevancia considerable para la experiencia penitenciaria contemporánea.

Milgram y la obediencia a la autoridad

La concepción de Arendt de la banalidad del mal se acerca más a la verdad de lo que uno se atrevería a imaginar. La persona común que administraba cargas eléctricas a la víctima lo hacía con un sentido de obligación, una concepción de sus deberes como sujeto, y no porque tuviera tendencias especialmente agresivas.

(*Milgram, 1974: 6*)

¿Cómo se supera la moral personal ante la autoridad autocrática? ¿Cómo se desprenden los individuos de su propia responsabilidad por actos inaceptables? ¿Cuál es la psicología de la "crueldad común"? En la década de 1960, Stanley Milgram condujo una serie de experimentos con la intención de investigar la disposición a obedecer actos moralmente incorrectos o físicamente peligrosos (Milgram, 1974; véase también Asch, 1951 sobre conformidad). Motivado por su curiosidad sobre la cooperación de miles de alemanes en el Holocausto y otros episodios acaecidos

durante las décadas de 1930 y 1949, Milgram condujo sus experimentos en la Universidad de Yale bajo el título, “Los Efectos del Castigo sobre el Aprendizaje”.

En las ahora infames pruebas, persuadió a voluntarios engañados a administrar cargas eléctricas de creciente gravedad a un “estudiante” que daba respuestas incorrectas en una serie de pruebas de aprendizaje. El experimento fue conducido bajo la estricta guía del investigador, que animaba a los sujetos a que continuaran. Muchos de los participantes mostraban signos de angustia, y algunos finalmente se negaron a seguir. Sin embargo, los niveles de conformidad superaron con mucho las expectativas. El sesenta y cinco por ciento de los sujetos administraron cargas de lo que creían que eran 450 volts, aparentemente poniendo en peligro la vida del actor que hacía de estudiante.

Obviamente, el nivel de obediencia ciega en tal comportamiento variaba. Cuando los experimentos se repitieron en una ubicación menos prestigiosa, el número de sujetos dispuestos a entregar esos niveles de carga descendió a menos del cincuenta por ciento. Cuando el sujeto estaba en la misma habitación que el “estudiante” en lugar de detrás de una pared de vidrio, los niveles de obediencia descendieron al diez por ciento. Si otros “maestros” salían de la habitación en protesta durante el experimento, la obediencia descendía hasta casi cero, y muchos participantes administraron niveles más bajos que los exigidos (aunque aseguraban al experimentador que obedecían sus instrucciones). Cuando las personas podían reclutar a otros para aplicar la carga en vez de ellos, los niveles de obediencia subían al noventa y cinco por ciento.

Los participantes expresaron graves reservas sobre su propio comportamiento una vez terminado el experimento. Milgram concluyó en su epílogo, recurriendo a otros ejemplos de atrocidades reales, que “encontramos un grupo de personas que realizan sus trabajos y que están dominadas por una perspectiva administrativa, no moral” (p. 186). Otros estudios relacionados demostraron que los ciudadanos comunes eran más propensos a obedecer una indicación proporcionada por alguien en uniforme, incluso si el instructor luego dejaba la escena. Las enfermeras proporcionaban niveles peligrosos de medicamentos a los pacientes si se los ordenaba por teléfono un médico desconocido. El comportamiento se transformaba bajo la orden de una autoridad legítima.

Milgram concluyó que sus estudios revelaban “la capacidad del hombre de dejar de lado su humanidad...al fusionar su singular personalidad dentro de estructuras institucionales más grandes” (p. 188). Afirmó que el comportamiento moralmente incorrecto puede visualizarse como un producto de transacciones con un ambiente que lo avale, y que las instituciones sociales contienen fuerzas poderosas (incluso estructuras de autoridad) que pueden inducir a hombres buenos a participar en he-

chos malvados. Los individuos experimentan estrés durante estas actividades, pero muchos resuelven este estrés mediante la evasión o la negación, y siguen con su trabajo (Milgram, 1974: 156-64). A medida que incrementa el carácter administrativo y burocrático del mundo de las cárceles, la amenaza de esta clase de enmascaramiento interpersonal de acciones malvadas como legítimas (“sólo hago mi trabajo”) se hace cada vez más probable. De modo similar, la revelación del tratamiento que dieron soldados norteamericanos y británicos a cautivos en Irak en años recientes es un crudo recordatorio de la verdad detrás de los hallazgos básicos de Milgram sobre la capacidad de maldad humana en el cumplimiento del deber.

El experimento Zimbardo

El experimento de Zimbardo de “Cárcel Simulada” fue otra ilustración clásica de los peligros de la influencia de los roles institucionales sobre el comportamiento humano. Haney, Banks y Zimbardo (1973) condujeron un experimento en el que las personas actuaban como reclusos y guardias en una cárcel simulada. Los sujetos fueron seleccionados después de cuidadosas pruebas diagnósticas aplicadas a un grupo grande de voluntarios de estudiantes universitarios masculinos. Los participantes fueron asignados al azar para actuar, ya fuese, como reclusos o guardias en un experimento diseñado para durar dos semanas.

Sin embargo, el experimento fue interrumpido por lo que observaron los sorprendidos y conmocionados investigadores. Los autores informaron que la “cárcel” se había transformado en un “ambiente psicológicamente compulsivo”, generador de reacciones inesperadamente intensas, realistas y a menudo patológicas en los participantes. Los reclusos parecían experimentar pérdida de la identidad personal y reaccionaban profundamente al control arbitrario de su comportamiento. Esto causaba un síndrome de pasividad, dependencia, depresión e impotencia. Por su parte, la mayoría de los guardias experimentaron incremento de poder social, prestigio e identificación con el grupo, lo que hacía gratificante su juego de roles. La mitad de los reclusos desarrollaron trastornos emocionales agudos. Un tercio de los guardias se mostraron más agresivos y deshumanizados de lo previsto. Es importante destacar que pocas de estas reacciones podían atribuirse a rasgos de personalidad preexistentes. Los autores concluyeron que el encarcelamiento destruye el espíritu humano de los presos y de los custodios. Argumentaron que la brutalidad de la prisión no surge de las características de los guardias y reclusos individuales (la “hipótesis de la disposición”), sino de la “estructura profunda” de la cárcel como institución.

Concluyeron que las “estructuras dañinas no requieren personas mal intencionadas para infligir daño psicológico a las personas que están a su cargo” (Haney y Zimbardo, 1998: 721). El mal puede surgir de fuerzas sociales poderosas, y las variables situacionales dan forma incluso a los comportamientos sociales menos éticos,

superando los rasgos de personalidad. Por sí solos, los rasgos de personalidad no predecían quiénes sobrevivían, resistían y colapsaban bajo estrés extremo, aunque podían haber operado como variables moderadoras:

Sentimos que hay abundante evidencia de que virtualmente todos los sujetos en un momento u otro experimentaron reacciones que superaban con mucho las exigencias superficiales del juego de roles y que penetraban en la estructura profunda de la psicología del encarcelamiento.

(Haney et al, 1973: 91)

Los autores sugirieron que el poder era autoensalzador. Los guardias más hostiles pasaban a posiciones de liderazgo, tomando decisiones que raras veces eran desobedecidas. Los derechos se redefinían como privilegios, ganados con obediencia. Todos en el experimento llegaron a despreciar la falta de poder en los demás y en sí mismos. Los reclusos mostraban incredulidad, después rebelión y luego interés propio. Algunos se ponían del lado de los guardias e intentaban obtener su aprobación. La reacción modelo de los reclusos era de pasividad, dependencia (o impotencia aprendida) y de sentimientos aplastados. La pérdida de la identidad personal y la experiencia del control arbitrario los obligaban a permitir que otros ejercieran poder sobre ellos. Los reclusos creían que los guardias habían sido seleccionados por su mayor tamaño físico. Pero de hecho, no había diferencia de tamaño o altura promedio entre los grupos.

La conclusión fue clara: “Como en todas las situaciones de poder, las prisiones modifican las visiones del mundo de los que las habitan, a ambos lados de las barras” (Haney y Zimbardo, 1998, 721). Los riesgos de prácticas burocráticas y de usos de poder apenas visibles eran superiores a lo que solemos suponer. Las repercusiones más importantes de la investigación incluyeron lecciones claras para la capacitación de los funcionarios penitenciarios (véase la entrevista de Zimbardo por Cheliotis; 2004: 48). Poco después de que se completara el estudio, hubo una serie de asesinatos en las cárceles de San Quintín y Attica. Estos incidentes pusieron énfasis en la urgencia de implementar reformas que reconocieran la dignidad y la humanidad tanto de las personas privadas de libertad como de quienes los custodiaban (Pallas y Barber, 1972).

El surgimiento de un nuevo consenso

Sin embargo, a partir de la década de 1970, los estudios que alegaban los peligros de las instituciones fueron sometidos a críticas metodológicas y acusaciones de sesgo ideológico y selectividad (Sapsford, 1978; Walker, 1987). Los “sufrimientos” identificados por estos estudios se fundaban en investigaciones psicológicas con

un diseño más meticuloso, lo que llevó a que varios psicólogos concluyeran que los efectos del encarcelamiento eran prácticamente mínimos (Banister *et al*, 1973; Bolton *et al*, 1976; Bukstel y Kilmann, 1980; Walker, 1983, 1987). Walker (1987) argumentaba que “la investigación –dirigida por psicólogos- ha hecho mucho para desautorizar las amplias exageraciones –lideradas principalmente por sociólogos- sobre los efectos negativos del encarcelamiento normal”.

Investigaciones de las décadas de 1970 y 1980 sugirieron que los internos soportaban su situación bastante bien (Richards 1978; Sapsford, 1978, 1983),⁷ a pesar de un período inicial de desorientación y de preocupación por su familia y sus amigos. Los estudios empíricos concluyeron que los ex reclusos pudieron reestablecerse después de un período inicial de inquietud posterior a su liberación (Coker y Martin, 1983). Esta investigación psicológica caracterizaba la experiencia del encarcelamiento como poco más que un período de “congelación” (Zamble y Porporino, 1988; y ver comentarios por oficiales en Crawley, 2004: 97). Para muchos, investigaciones como el estudio de Durham (p.ej. Banister *et al*, 1973) parecían cerrar el encendido debate sobre los efectos del encarcelamiento a favor de un nuevo consenso conservador (véase p.ej. Bukstel y Kilmann, 1980).

¿Cómo es posible reconciliar estos hallazgos aparentemente neutros de la investigación psicológica sobre los efectos del encarcelamiento a largo plazo con los relatos alternativos anteriores sobre la naturaleza de la experiencia de la cárcel? Hacia fines de la década de 1980, los estudios psicológicos continuaron, pero ampliados, y comenzaron a incluir el concepto de *sobrellevar*. Este concepto permitía considerar las diferencias individuales y las condiciones ambientales con más detalle, y condujo a una etapa más rica en los estudios sobre la prisión y sus efectos (véase p.ej. Toch *et al*, 1989). Por ejemplo, se encontró que los reclusos que intentaron suicidarse eran significativamente diferentes de los demás internos, y que tenían menos estrategias para sobrellevar situaciones límites y que tenían en mayor grado de antecedentes de riesgo. La experiencia de la cárcel fue mucho más difícil para los reclusos que no podían encontrar una alternativa de trabajos, actividades y redes sociales dentro de ella (véase Liebling, 1992). El encarcelamiento parecía ser más estresante para los grupos vulnerables que estaban menos capacitados para sobrellevar las exigencias de un ambiente indiferente y deprivador (Liebling, 1999).

En otras palabras, se concluye que no se habían examinado en nivel suficiente los recursos psicológicos y las circunstancias individuales de los reclusos en la investigación sobre los efectos de la prisión. La prisión puede ser extremadamente dolorosa y el sufrimiento se puede sentir de distintas formas según los antecedentes psicosociales de cada uno y las experiencias específicas adentro, y sin embargo este hecho aparentemente obvio no se reflejó en las investigaciones de las décadas

de 1970 y 1980. En la revisión más exhaustiva hasta la fecha de la bibliografía sobre los efectos de la cárcel, Gendreau *et al* (1999: 18)⁸ concluyen que:

La triste realidad es que se conoce tan poco sobre lo que pasa dentro de la "caja negra" de las prisiones y cómo esto se relaciona con la reincidencia... Sólo un puñado de estudios ha intentado manejar esta cuestión... De forma análoga, ¿se podría imaginar un procedimiento tan ubicuo y costoso en los servicios médicos y sociales, que recibiera tan poca atención en las investigaciones?

A principios de la década de 1990, Hay y Sparks caracterizaron de forma elegante el "debate de los efectos" como "estéril" (Hay y Sparks, 1992: 302). La medición del daño fue inadecuada, y la atención de la mayor parte de las investigaciones estaba centrada sobre los reclusos que cumplían largas condenas, debido a la presunción de que cualquier efecto dañino –si existiera– mostraría una curva ascendente, que incrementaría según el tiempo privado de libertad. Este argumento tiene varias fallas. El impacto de la detención es muchas veces más negativo en sus etapas más tempranas. Esto se refleja en las tasas de suicidio, las tasas de fuga y en varios estudios de investigación (por ejemplo, Ericson, 1975; Sapsford, 1983; Gibbs, 1987; Liebling, 1999, y véase Harvey, en este volumen). Los reclusos muertos por suicidio no aparecen en estas muestras de "largo plazo", tampoco los que salen de la prisión por otros medios, por ejemplo, por transferencia a hospitales psiquiátricos. Al final de un largo período de encarcelamiento, solo los sobrevivientes aparecen entre las muestras de investigación.

Además, hay pocos estudios longitudinales o de desarrollo sustanciales sobre los efectos del encarcelamiento (pero véase Jamieson y Grounds, *The Effects of Imprisonment*, 2005). La mayor parte de los estudios se basan en períodos cortos de seguimiento (p.ej. Zamble y Porporino, 1988) o en muestras transversales, que comparan distintos grupos de reclusos que han cumplido distintos períodos de tiempo. Además, la investigación se ha enfocado en los reclusos durante el período de detención, mientras que efectos importantes pueden manifestarse luego de la liberación de la cárcel. Los pocos estudios que han examinado a los condenados luego de su liberación (p.ej. Coker y Martin, 1983) se han centrado en mediciones generales de adaptación social, y no en los tipos más sutiles y ocultos de discapacidad psicológica y emocional (Grounds, 2004).

La prisión no es una experiencia uniforme. Los estudios tienden a tomar muestras indiferenciadas y a buscar patrones generales. Estos estudios generales descuidan la experiencia de grupos e individuos específicos, como mujeres, jóvenes, ancianos, reclusos aislados para su propia protección y los que pasan largos períodos de tiempo en unidades de aislamiento por otras razones, etc. (véase Kruttschnitt; Crawley y Sparks; y King, *The Effects of Imprisonment*, 2005). Además, los supues-

tos sobre “daño como deterioro” (p.ej. de CI) son gravemente limitados. El suicidio no requiere una caída permanente en los constructos psicológicos medibles como CI. El sufrimiento es un daño que las escalas psicológicas no han podido reflejar hasta ahora (véase Haney, 1997). El daño puede ser inmediato o acumulativo, e independiente del tiempo pasado en la cárcel. Los períodos cortos repetidos de detención pueden crear al menos tanto sufrimiento como una condena larga que sirve para “exacerbar las vulnerabilidades psicológicas y las dificultades emocionales” (Porporino y Zamble, 1984).

En resumen, los efectos reales del encarcelamiento, si se entienden en un contexto amplio, parecen ser cualquier cosa menos una “congelación profunda”. Como escribió el *Home Office* británico en el Libro Blanco de 1991, *La Detención, el Cuidado y la Justicia*, consecuencia del Informe Woolf:

... [La prisión] destruye familias. Es difícil que los reclusos retengan o después se aseguren trabajos legales. El encarcelamiento puede reducir el sentido de responsabilidad que tienen las personas por sus actos y reducir el respeto por sí mismos, ambos fundamentales para la vivir como ciudadanos conforme con la ley. Algunos, a menudo los más jóvenes y menos experimentados, adquieren un conocimiento más amplio de la actividad criminal en las cárceles. El encarcelamiento es costoso para el individuo, para la familia del recluso y para la comunidad.

(*Home Office, 1991: para. 1, 16*)

Nuevas direcciones en el debate sobre los efectos

La próxima generación de investigaciones sobre los efectos de la cárcel debe enfocarse sobre temas como la salud mental y física (que incluye los temas de adicción), la posibilidad de trastorno de estrés postraumático, el desarrollo de la salud y el bienestar de las familias de los reclusos, y el impacto del encarcelamiento sobre la capacidad de desistir con éxito de la delincuencia. La incapacidad de las investigaciones en profundizar en estos otros daños cruciales del encarcelamiento ha dado por resultado la esterilidad referida por Hay y Sparks (1992).

Salud física y mental

El encarcelamiento puede ser perjudicial para la salud física y mental de los reclusos, y esto es un tema especialmente urgente para los privados de libertad por un largo tiempo y de edad avanzada (véase Jewkes; Crawley y Sparks, *The Effects of Imprisonment*, 2005). Mientras muchos reclusos reciben tratamiento médico en la cárcel que sería inaccesible afuera (véase Jones, 1976), los riesgos de salud del encarcelamiento son altos, desiguales y específicos de las condiciones del confinamiento.

Por ejemplo, las investigaciones de Gore *et al* en las cárceles escocesas han demostrado el riesgo creciente de transmisión del VIH (Gore *et al*, 1995; Taylor *et al*, 1995; y Crofts *et al*, 1995 sobre los reclusos australianos) donde es común compartir al azar equipos inyectables. Las tasas de hepatitis B y C aumentan en la cárcel, particularmente entre los usuarios de drogas inyectables. Crofts y sus colegas argumentan que:

...varios comportamientos de riesgo para la transmisión de VIH y de la hepatitis B y C existen en la cárcel, incluso la inyección de drogas ilícitas y la aplicación de tatuajes con equipos desinfectados en forma inadecuada, y las relaciones sexuales sin protección, incluso sexo anal entre hombres. Un estudio australiano estimó que el treinta y seis por ciento de los reclusos se habían inyectado de forma intravenosa y el doce por ciento había participado de sexo anal por lo menos una vez en la cárcel.

(Crofts et al, 1995: 285)

Los autores también encontraron que la alta tasa de exposición continua a hepatitis B entre los reclusos masculinos menores de 30 años de edad que se inyectan drogas sugiere que este es un grupo en el cual el “contagio por VIH debe considerarse solo cuestión de tiempo” (ibid.: 287).

El estudio de Crofts encontró que el uso de drogas inyectables era mucho más común entre las reclusas mujeres (ibid.: 286) y que la exposición a hepatitis B y C era mucho más frecuente. Informes recientes de la Inspectoría han condenado algunos establecimientos de mujeres en especial por convertir a ladronas de tienda en “drogadictas”, argumentando que hasta el 80 por ciento de las reclusas mujeres de la Cárcel de Styal se inyectaban drogas (HMCIP, 1995). En los estudios mencionados, se encontró riesgo aumentado de transmisión de virus relacionado con el uso de drogas intravenosas durante la privación de libertad e inmediatamente después de la liberación. Muchos reclusos empiezan su hábito de inyectarse durante prisión preventiva, aunque se mostró también aquellos que se inyectaban diariamente fuera de la cárcel, dentro de ella lo hacían con menor frecuencia mientras están detenidos (Taylor *et al*, 1995: 290-91) y algunos usuarios regulares de drogas las dejan mientras están en prisión (ibid.: 292). Sin embargo, es mucho más común que los usuarios de drogas de inyección compartan las agujas cuando están presos que en libertad, y los métodos de limpieza usados por los reclusos (enjuague con agua, cloro o líquidos de peluquería) son más ineficaces que los generalmente usados fuera. Taylor y sus colegas concluyen que “diversos estudios sobre el comportamiento y la prevalencia de VIH entre usuarios de drogas inyectables han demostrado que un período de encarcelamiento es un predictor independiente de ser positivo para VIH” (ibid.: 291).

Su estudio sobre un brote de contagio por VIH en una cárcel escocesa, que se inició después de un grupo de casos de infecciones agudas por hepatitis B, demuestra que la transmisión puede ocurrir durante un periodo de privación de libertad como consecuencia de los comportamientos de alto riesgo de los reclusos. Todos los reclusos infectados habían compartido equipos de inyección dentro de la cárcel.

Un estudio de seguimiento de la prevalencia del contagio por VIH y del comportamiento asociado con la inyección de drogas en el mismo establecimiento un año después concluyó que “sólo se requiere la llegada de un portador de hepatitis B o de VIH a cualquiera de las redes que comparten agujas comunes en las prisiones británicas para que empiece un brote” (Gore *et al*, 1995: 295). Un cuarto de los usuarios conocidos de drogas inyectables en la cárcel (18 de 72) empezó a hacerlo mientras estaba en preso. Entre un cuarto y un tercio de los hombres que se inyectaban drogas entre enero y junio del 1993 se contagió con VIH mientras estaba en custodia (Gore *et al*, 1995: 296). Más del veinticinco por ciento de la población de la cárcel usaba drogas inyectables.

Los autores observaron que:

La prevalencia de las infecciones por los virus de transmisión hematológica en las poblaciones penitenciarias no es un hallazgo novedoso. Por mostrar una prevalencia superior en 10 veces a los índices de contagio previo y de portación de hepatitis B entre los reos en el Reino Unido, los Servicios de Transfusión Sanguíneaⁱⁱ dejaron de realizar sesiones de donantes en las cárceles a principios de la década de 1980.

(Gore *et al*, 1995: 296)

Sin embargo, el clima político en Reino Unido avala la utilización de las cárceles para reducir el uso de drogas. Proliferan los programas de desintoxicación, los programas voluntarios y obligatorios de pruebas por drogas son generalizados, y los propios reclusos dependen a veces de una condena corta de reclusión en la cárcel para “quedar limpios” (véase Crewe, *The Effects of Imprisonment*, 2005).

El estrés postraumático

Las investigaciones sobre los efectos psicológicos de trauma han demostrado tener correlato en ciertos grupos de reclusos en los cuales se encontró el desarrollo de síntomas del trastorno de estrés postraumático (TEPT)ⁱⁱⁱ en las evaluaciones médico legales. Tales síntomas pueden tener efectos debilitantes y se asocian con dificultades para recuperar y mantener relaciones. Los médicos que trabajan con

ⁱⁱ Nota del editor: Su nombre en inglés es UK Blood Transfusion Services.

ⁱⁱⁱ Nota del editor: Por su sigla en español.

ex reclusos describen altos niveles de ansiedad, trastornos del sueño, depresión crónica, retraimiento y sentimientos persistentes de ser “diferente” de los demás y de la persona que era antes. Por ejemplo, en una serie de evaluaciones a hombres que habían cumplido largas condenas en la cárcel debido de condenas erradas o injustas, Grounds (2004) encontró evidencia sólida de morbilidad psicológica grave e invalidante. Síntomas parecidos se han encontrado en otros reclusos liberados luego de condenas largas, especialmente cuando han sido testigos de la violencia. Los síntomas características de TEPT incluyen desasosiego, irritabilidad y graves dificultades para formar o restablecer relaciones íntimas, temor y estrés como respuestas a recuerdos del evento traumático, comportamiento evasivo, reducido interés o participación en actividades significativas, sentimientos de desapego o alejamiento de los demás, pérdida de motivación y rango restringido de afectos (por ejemplo, incapacidad para sentir calidez), ansiedad y depresión. También puede haber síntomas físicos: mayor excitación fisiológica, ataques de ira, dificultades de concentración y estado de hipervigilancia. Tales síntomas pueden estar asociados con aumento de uso de alcohol y drogas.

Adrian Grounds ha argumentado que tales síntomas pueden considerarse como un “cambio duradero de la personalidad”. Esto se manifiesta como “características inflexibles e inadaptadas que impiden el funcionamiento interpersonal, social y laboral”, que no estaban presentes antes. Por ejemplo “una actitud hostil o desconfiada hacia el mundo, retraimiento social, sentimientos de vacío o desesperanza, una sensación crónica de amenaza y alienación (Grounds, 2004, y véase Jamieson y Grounds, *The Effects of Imprisonment*, 2005). El trauma prolongado puede conducir a problemas graves de afinidad e identidad que solo se manifiestan en relaciones estrechas, en las actitudes hacia sí mismos, y en el sentido de tener propósito (Grounds, por publicarse). Debido a estos cambios en el sentido del tiempo y de la identidad; y en la capacidad de construir o mantener conexiones sociales, puede ser extremadamente difícil sobrellevar las exigencias de la vida cotidiana. Los efectos psicosociales y psiquiátricos asociados con el encarcelamiento podrían entenderse en forma mucho más amplia si se tienen en cuenta estos análisis.

Investigaciones sobre las familias de los reclusos

Por último, hay escasas investigaciones sobre los efectos del encarcelamiento sobre las familias de los reclusos (véase Lanier 2003; y Murray, *The Effects of Imprisonment*, 2005). Como argumenta Light (1993: 322), una condena de prisión no sólo afecta a la persona detenida condenada. “Muchas veces, la familia del reo y sus dependientes son quienes más sufren”, destaca también Shaw (1992):

Da que pensar que, a pesar de la creciente atención dedicada a los hijos de las familias destruidas o en las que falta uno de los padres, ningún gobierno euro-

peo, norteamericano o de otro país parece saber cuántos niños en su jurisdicción son afectados por el encarcelamiento de un padre.

A pesar de los considerables progresos tendientes a comprender los efectos inmediatos y de largo plazo del trauma de la separación sobre los niños (véase especialmente Hendriks *et al*, 1993; y Rutter, 1982), el impacto del encarcelamiento sobre los hijos de los reclusos ha tardado en aparecer en la bibliografía sobre sus efectos. Las consecuencias de la separación y la pérdida sobre los hijos incluyen crecientes trastornos de conducta y posterior delincuencia, depresión y sentimientos de baja autoestima (Richards, 1992). En particular sorprende el aparente fracaso al aplicar los hallazgos de la investigación sobre la separación a nuestro conocimiento del encarcelamiento, dada la inevitabilidad de la angustia cuando uno o ambos padres está encarcelado, muchas veces por un delito contra el otro padre (véase Hendriks *et al*, 1993). Además, los criminólogos han acumulado considerable evidencia relacionada con los efectos dañinos de la pérdida temprana sobre el desarrollo infantil y los comportamientos antisociales y destructivos posteriores:

Para los niños, el encarcelamiento de los adultos puede dar como resultado la separación repentina de un padre. Los niños pequeños que pierden a sus padres tienen tendencia a mostrar ansiedad, ira, trastornos de conducta y deterioro del rendimiento escolar, debidos a la separación. En sus vidas futuras, pueden tener más dificultades para formar relaciones satisfactorias, una situación ocupacional o profesional inferior a la esperada, y mayor incidencia de enfermedades psiquiátricas.

(Grounds, por publicarse)

Apenas se ha bosquejado el vínculo entre la investigación sobre los efectos del divorcio y del encarcelamiento sobre los niños. Este vínculo ha sido establecido por quienes se preocupan por el desarrollo de los niños o por las familias de los reclusos, en lugar de los comentaristas sobre la vida en la cárcel y sus efectos. La vulnerabilidad creada por el trauma y la pérdida en la infancia, tan común en las historias de los reclusos, juega un rol esencial en el patrón de ira, sufrimiento y desconfianza que caracteriza los delitos violentos (de Zulueta 1993), y puede ser revelada por la experiencia de rechazo y aislamiento de la prisión. Shaw se refirió al sufrimiento y el daño infligido a los niños por el encarcelamiento de un padre como “abuso infantil institucionalizado” (Shaw, 1987) y a los propios niños con “huérfanos de la justicia” (Shaw, 1992).

Estos temas pueden ser incluso más agudos cuando la madre es la privada de libertad (véase Kruttshnitt, *The Effects of Imprisonment*, 2005). Algunas evidencias demuestran que mantener a los niños pequeños en unidades de madre e hijo puede tener efectos dañinos temporarios sobre el desarrollo (véase Catan, 1992), y que diversos factores relacionados con el encarcelamiento de la madre (p.ej. la pobreza,

las relaciones inestables y la organización del alojamiento, etc.) pueden tener efectos perjudiciales en el largo plazo (véase también Woodrow, 1992).

Encarcelamiento y desistimiento del delito

El estudio del desistimiento del delito ha recibido creciente atención en años recientes (véase Burnett, 2004; Laub y Sampson, 2003), pero pocos de estos trabajos se han enfocado en el rol del sistema penitenciario en este proceso. De hecho, se ha logrado cierto consenso pasivo entre los eruditos del desistimiento (como la escuela de los efectos de “congelación profunda” de la cárcel) respecto de que la experiencia del encarcelamiento es algo irrelevante en el proceso. Farrall (1995: 56) escribe, “la mayor parte de las investigaciones sugiere que el desistimiento “ocurre” alejado del sistema de justicia penal. Es implica que muy pocas personas realmente desisten como consecuencia de la intervención del sistema de justicia penal o sus representantes”. Como resultado, los investigadores de los efectos de la cárcel han ignorado en gran medida el creciente cuerpo de investigaciones sobre desistimiento del delito. Esto es más que algo irónico por el hecho de que se podría argumentar que el desistimiento y la reincidencia (la variable de resultado favorecida en la investigación de los efectos de la cárcel) son dos caras de la misma moneda.

Por fortuna, varios estudios han buscado revertir esta tendencia y unir la investigación sobre la cárcel y la reincidencia con estudios de desistimiento del delito (véase Burnett y Maruna, 2004; Bushway *et al*, 2003; Hosser, 2004; Petersilia, 2003). Gran parte de estas investigaciones se basan en la influyente teoría de Robert Sampson y John Laub sobre control social informal, que sugiere que los vínculos sociales (en particular el empleo y el matrimonio) pueden inhibir los delitos. Sus investigaciones longitudinales sobre el delito en el curso de la vida sugieren que la experiencia de encarcelamiento reduce las oportunidades de lograr estabilidad relacional y económica, y por lo tanto, aumenta la reincidencia (véase también Laub y Sampson, 2003). El encarcelamiento debilita estos vínculos (ya vulnerables), y dificulta su reestablecimiento, por lo que corta una significativa fuente de comportamiento legítimo o conforme con la ley. Así, el encarcelamiento se convierte en parte del ciclo de delincuencia y delito.

Aunque el comportamiento delictivo temprano precede al encarcelamiento, Sampson y Laub demuestran que los infractores que tienen “más que perder” si delinquen tenían mejores posibilidades de recuperación o cambio. La privación de libertad en la juventud y la adultez temprana tiene un efecto negativo sobre la estabilidad laboral o relacional futura, “relacionada en forma negativa con el involucramiento continuo con el delito a lo largo de la vida” (Sampson y Laub, 1993: 248). Esto se relaciona con la duración del encarcelamiento y no puede explicarse por las diferencias individuales como los antecedentes delictivos, el alcoholismo, etc. Estos efec-

tos indirectos pero poderosos que tiene el encarcelamiento sobre la delincuencia y sobre las transiciones a lo largo de la vida son significativos, ya que “los efectos del confinamiento pueden ser indirectos y funcionales en un proceso acumulativo de desarrollo que se reproduce a través del tiempo” (ibid.: 168).

El encarcelamiento y el personal penitenciario

Las investigaciones sobre los efectos del trabajo penitenciario sobre el personal han sido limitadas. El experimento Zimbardo demostró que el poder (especialmente su uso excesivo) tenía efectos deshumanizantes (Haney *et al*, 1973). Otros estudios han documentado los efectos destructivos de las culturas de poder (p.ej. Gibbs, 1991; Marquart, 1986) y de la cultura de masculinidad característica del personal penitenciario sobre los funcionarios de la prisión. Es muy escasa la investigación sobre las características de la vida en la cárcel que pueden exacerbar tales condiciones.

Un aporte significativo y reciente a esta bibliografía es el de Elaine Crawley, quien centró la atención sobre las dimensiones emocionales del trabajo penitenciario y el poder de las “normas de sentimiento” para controlar las emociones. Ella aplica la noción de una “identidad malograda” al personal penitenciario, y sugiere que este efecto se extiende a las familias de los funcionarios penitenciarios (Crawley, 2004). El trabajo de Helen Arnold sobre “la identificación del funcionario penitenciario de alto rendimiento” también avanza sobre esta cuestión. A través de un estudio de observación participativa de los nuevos funcionarios penitenciarios en etapa de capacitación y un estudio de seguimiento, ella descubrió que el proceso de convertirse en funcionario penitenciario conlleva una variedad de emociones, y nuevas técnicas para su manejo. Algunas de ellas pueden conducir al endurecimiento, el distanciamiento y la desconfianza. El proceso de adaptación podría conducir a cambios duraderos en su carácter y su vida familiar, al cinismo y la disposición para responder ante el peligro (Arnold, *The Effects of Imprisonment*, 2005).

El camino por delante

Esperamos que los capítulos de este libro estimulen la reflexión renovada sobre la naturaleza contemporánea del encarcelamiento. En años recientes, se ha transformado radicalmente la administración de las cárceles (Carlen, *The Effects of Imprisonment*, 2005; Irwin y Owen, *The Effects of Imprisonment*, 2005), se ha reinventado su operación (King, *The Effects of Imprisonment*, 2005) y han aumentado las afirmaciones sobre su eficacia. Además, hay una creciente disonancia entre un mundo cada vez más conectado y la capacidad particular de las prisiones de “aislarse” (Johnson, *The Effects of Imprisonment*, 2005). Como argumentan John Irwin y Barbara Owen, la pérdida de mediación y la sensación de injusticia constituyen dos de los daños más

significativos causados por la cárcel (véase Irwin y Owen; Snacken, *The Effects of Imprisonment*, 2005). Otros daños potenciales incluyen la dislocación social, la drogadicción, la pérdida de autenticidad, las amenazas a la seguridad, las enfermedades mentales y el suicidio (Liebling *et al*, *The Effects of Imprisonment*, 2005).

A pesar de estos daños, y de los sufrimientos aparentes de la vida en prisión, una de las paradojas de la vida penitenciaria moderna es la aparente falta de protesta organizada entre los reclusos en las megainstituciones recién configuradas. Hay un fino calibrado del control, operan nuevas formas de poder, y los reclusos parecen extrañamente dóciles en su comportamiento, mientras expresan una profunda disconformidad con su propia situación y con el fracaso de la cárcel para indicarles un futuro (Irwin y Own, *The Effects of Imprisonment*, 2005). A medida que las imágenes de la prisión se hacen cada vez más benignas, su uso sigue en rápido crecimiento, y sus efectos dañinos parecen ser de escaso interés para los profesionales o las entidades de investigación de la justicia penal.

Craig Haney (*The Effects of Imprisonment*, 2005) sugiere la necesidad de reconsiderar el problema de que si la conducta delictiva tiene sus raíces en los antecedentes sociales/familiares y en los contextos sociales actuales, entonces un sistema dirigido a los individuos es autolimitante por su propia naturaleza. En este sentido, el enfoque actual sobre el control de la delincuencia es irracional. Si el objetivo es la reducción de la delincuencia, deberíamos prestar más atención a los contextos de los cuales provienen los reclusos, y a los que son liberados.

Nuestro objetivo es reabrir el debate sobre los efectos de la prisión en este nuevo clima y estimular renovados esfuerzos de investigación y colaboración en esta área. Un segundo objetivo es rendir tributo al trabajo de Hans Toch, en reconocimiento de su importante aporte en este campo, y de su enfoque riguroso y humanista de la investigación (véase p.ej. Toch, 1975, 1992, 1997, 2002). Como sugiere Andrew Coyle en los comentarios de apertura de la conferencia, creemos que el mejor elogio que podemos hacer de Hans Toch es reafirmar con firmeza las limitaciones de la cárcel para lograr la justicia penal o social.

Sin embargo, antes de seguir debemos preguntar si el mundo realmente necesita otro libro sobre los efectos de la cárcel. Como a Nightingale antes de nosotros, nos parece obvio que para reducir los daños (y el uso) del encarcelamiento, necesitamos evidencias de investigaciones sólidas y cuidadosas que exploren distintos sistemas y prácticas penales, que documente no solo “qué funciona” sino “qué hace sufrir” y que descubra las formas de aliviar estos daños. No obstante, la ejecución de este tipo de investigaciones conlleva algunos riesgos, como hemos descubierto con las reacciones anteriores a nuestro propio trabajo. Por ejemplo, como investigadores de cárceles, ¿no prestamos legitimidad a una institución que muchos consi-

deran ampliamente ilegítima? Después de todo, ¿para qué enfocar los esfuerzos de investigación sobre cómo lograr que el encarcelamiento sea menos doloroso cuando deberíamos usar nuestras energías para derrumbar las cárceles por completo?

Hace más de 20 años, mientras escribía *Los sufrimientos del encarcelamiento* (Johnson y Toch, 1982) Toch luchó con estas tensiones éticas inherentes a la reunión de una recopilación de este tipo. Reconociendo que las cárceles “depósito” congestionadas y con suministros inadecuados son moralmente indefendibles, Toch (1982: 41-2) pregunta, “Entonces ¿por qué las establecemos? ¿Estamos colocando el lirio sobre el cadáver de la sociedad civilizada? ¿Estamos negociando con el mal cuando hablamos de “sobrellevar”, “adaptación” y “alivio” en las cárceles?”

Como respuesta a estas hipotéticas críticas, Toch argumenta con elocuencia que hay dos justificaciones básicas para estudiar los efectos de la cárcel:

Una es que así como los reos deben afrontar su situación, también debe hacerlo la sociedad. Mientras las cárceles existan, no vale la pena gritar en el desierto de una opinión pública apática. Una respuesta enérgica implica hacer lo que podemos, para lograr el mayor efecto posible... Las cárceles no son una abstracción. Son una realidad dolorosa y tangible para... los reos [y] sus guardias... Estos prójimos están bajo estrés ahora, y necesitan ayuda para sobrevivir.

(pp. 41-2)

Por lo tanto, en esencia, la primera justificación para investigar los efectos de la cárcel es reducir los sufrimientos de las personas que están en ellas. Toch escribe, “Dado el obvio dolor infligido por los sufrimientos de la cárcel, el argumento más plausible para justificar esta investigación... es el potencial de alivio que ofrece a través de la comprensión” (p. 41). Zamble y Porporino (1988: 2) van más allá, al argumentar que: “Para ser serios y razonables, el diseño y la operación de las cárceles no deberían basarse sobre cualquier teoría o ideología particular, sino sobre una comprensión fundamental de cómo el encarcelamiento afecta a los individuos”. Obviamente, este ideal de diseñar cárceles sobre la base de la evidencia empírica de los efectos del encarcelamiento está muy lejos de implementarse. Pero la investigación sobre los efectos de la cárcel es una de las pocas defensas que quedan contra una carrera correccional completa “hasta las últimas consecuencias” y, al menos en teoría, debería fijar los límites de las políticas penales. Si deben existir las cárceles (y al parecer no se irán a ninguna parte por el momento), la criminología no puede simplemente quedarse donde está y desear que se desaparezcan. Hace falta más investigación y, como argumentó Nightingale hace 100 años, debemos continuar colocando nuestros hallazgos bajo las narices de cualquiera que los quiera leer. Citando a Stan Cohen (2001: 296) en otro contexto, los daños conocidos del encarcelamiento “deberían ser comunes y accesibles” para el ciudadano promedio,

“apareciendo ante nuestros ojos como los titulares de los diarios en las pantallas de Times Square”.

La segunda justificación de Toch para estudiar los efectos de las cárceles es tal vez menos obvia de inmediato. Escribe:

El segundo tema es existencial... Aunque las cárceles sean consideradas malvadas, la sobrevivencia humana debe ser buena. Algunos, por ejemplo Frankl (1959) y Bettelheim (1960), superaron la indescriptible maldad de los campos de la muerte nazis. Tales victorias son monumentos a la resistencia humana. Vale la pena estudiarlas y emularlas. Los reos también pueden conquistar la maldad (la nuestra y la propia) y deben hacerlo, para que la raza – con su crueldad hacia sí misma – sobreviva.

(p. 42)

Por lo tanto, el objeto de estudiar los efectos de la prisión no sólo es la necesidad de comprender los aspectos potencialmente embrutecedores de la vida institucional, sino documentarlos y aprender de los ejemplos en los que los reclusos, como Dostoievski, han superado estas sustanciales fuerzas sociales. La realidad dual de Toch de los sufrimientos del confinamiento y del potencial duradero de la trascendencia humana caracteriza nuestro propio trabajo (véase p.ej. Liebling, 1992; Maruna, 2001).

Notas

1. Algunas de las ideas que se han desarrollado en este capítulo aparecieron en una versión más temprana en Liebling 1999; Liebling y Price 2001; y Maruna y Toch, en impresión.
2. Al igual que los libros anteriores de Cambridge Criminal Justice Series de Willan, este volumen ha surgido a partir de un simposio de dos días en la Universidad de Cambridge auspiciado por el Cropwood Trust. Esta Conferencia Cropwood particular recibió fondos adicionales del Centro de Investigaciones sobre las Cárceles de Cambridge.
3. Una ilustración de este punto general es el uso de hogares elegantes o campamentos del ejército como prisiones luego de la Segunda Guerra Mundial en Inglaterra y Gales. Mientras se destacaba el concepto de que “no se puede capacitar a los hombres para la libertad en condiciones de cautiverio”, las cárceles victorianas comenzaron a verse como inaceptables para la aplicación de una ideología de “tratamiento y capacitación”.

4. Los remedios sugeridos incluían el trabajo útil, las actividades y los eventos, los regímenes participativos; y la satisfacción laboral y las actitudes positivas del personal (Barton, 1966: 63).
5. El análisis de Sykes provee el marco para varios de los capítulos que siguen (véase Crewe, Einat, and Jewkes, *The Effects of Imprisonment*, 2005).
6. Jones y Fowles (1994), por ejemplo, argumentaban que el experimento Zimbaro fue tendencioso, y que se estructuró de una forma que hacía inevitables los resultados.
7. Por otra parte, se investigaron con cierto detalle preocupaciones específicas como el hacinamiento, y de hecho se halló que los altos niveles de hacinamiento sostenido contribuían a niveles superiores de infracciones disciplinarias, problemas de enfermedades, muertes de detenidos y reincidencia (Farrington y Nuttall, 1980; Cox *et al*, 1984; Gaes, 1985).
8. Resumiendo los hallazgos de 50 estudios sobre los efectos de las cárceles, realizados desde 1958, que involucraron a más de 300.000 sujetos encarcelados, Gendreau y sus colegas argumentan que no hay evidencia de que las condenas más largas pudieran reducir la reincidencia a través de la disuasión específica, y que hay evidencias sólidas de la relación opuesta. De hecho, encontraron que a mayor calidad del estudio (incluso dos diseños aleatorios), más probable encontrar una correlación positiva entre el tiempo pasado en prisión y la probabilidad de reincidencia (Gendreau *et al*, 1999).

Referencias

- Adams, K (1992) "Adaptation and maladaptation in prison", en M. Tonry y N. Morris (ed.) *Crime and Justice: An Annual Review of Research*, Vol. X. Chicago: University of Chicago Press.
- Asch, S.E. (1951) "Effect of group pressure upon the modification and distortion of judgments", en H. Guetzkow (ed.) *Groups, Leadership and Men*. Pittsburgh: Carnegie Press.
- Banister, P.A., Smith, F.V., Heskin, K.J. y Bolton, N. (1973) "Psychological correlates of long-term imprisonment, I: Cognitive variables", *British Journal of Criminology*, 13,312-322.
- Banks, C., Mayhew, P. y Sapsford, R. (1975) *Absconding from Open Prisons (Home Office Research Studies, Vol. 26)*. Londres: HMSO.
- Barbalet, J.M. (1998) *Emotion, Social Theory y Social Structure: A Macrosociological Approach*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Barton, R. (1959; 2° ed. 1966) *Institutional Neurosis*. Bristol: Wright Publishing.
- Baumer, E., Wright, R., Kristinsdottir, K. y Gunnlaugsson, H. (2002) "Crime, shame and recidivism: The case of Iceland", *British Journal of Criminology*, 42 (1), 20-39.
- Beck, A.J. (2000) *State and Federal Prisoners Returning to the Community: Findings for the Bureau of Justice Statistics*. Washington, DC: Bureau of Justice Statistics.
- Bennett, W.J., Dilulio, J.J. y Walters, J. (1997) *Body Count: Moral Poverty and How to Win America's War Against Crime and Drugs*. Nueva York: Simon and Schuster.
- Bettleheim, B. (1960) *The Informed Heart: A Study of the Psychological Consequences of Living Under Extreme Fear and Terror*. Nueva York: The Free Press.
- Bolton, N., Smith, F.Y., Haskin, K.J. y Banister, P.A. (1976) "Psychological correlates of long-term imprisonment. IV: A longitudinal analysis", *British Journal of Criminology*, 16, 38-47.
- Bowker, L.H. (1980) *Prison Victimization*. Nueva York: Elsevier.
- Bowlby, J. (1965) *Child Care and the Growth of Love*. Middlesex: Penguin.
- Bukstel, L.R. and Kilmann, P.R. (1980) "Psychological effects of imprisonment on confined individuals", *Psychological Bulletin*, 88 (2), 469-493.
- Burnett, R. (2004), "To reoffend or not to reoffend? The ambivalence of convicted propret offenders", en S. Maruna and R. Immarigeon (ed.) *After Crime and Punishment: Pathways to Offender Reintegration*. Cullompton: Willan Publishing.
- Burnett, R. y Maruna, S. (2004) "So, 'prison works' does it? The criminal careers of 130 men released from prison under Home Secretary Michael Howard". *Howard Journal of Criminal Justice*, 43, 390-404.
- Bushway, S.D., Brame, R. y Paternoster, R. (2003). "Connecting desistance and recidivism: Measuring changes in criminality over the lifespan", en S. Maruna and R. Inunarigeon (ed.) *Ex-Offender Reintegration: Pathways to Desistance from Crime*. Albany, NY: SUNY.
- Catan, L. (1992) "Infants with mothers in prison", en R. Shaw (ed.) *Prisoners Children: What are the Issues?* Londres: Routledge.
- Cheliotis, L. (2004) "Interview: Professor Philip Zimbardo", *Prison Service Journal*, ISS, Septiembre, p. 47-50.
- Clarke, R.V.G. y Martin, DN. (1971) *Absconding from Approved Schools*. (Home Office Research Studies, Vol. 12). Londres: HMSO.
- Clemmer, D. (1940) *The Prison Community*. Nueva York: Holt, Rinehart and Winston.
- Cohen, S. (2001) *States of Denial*. Cambridge: Polity Press.

- Cohen, S. y Taylor, L. (1972) *Psychological Survival*. Harmondsworth: Penguin.
- Coker, J. y Martin, J.P. (1983) *Licensed to Live*. Oxford: Blackwell.
- Cox, V.C., Paulus, P. y McCain, G. (1984) "Prison crowding research: The relevance for prison housing standards and a general approach regarding crowding phenomena", *American Psychologist*, 39 (10), 1148-1160.
- Crawley, E. (2004) *Doing Prison Work: The Public and Private Lives of Prison Officers*. Cullompton: Willan Publishing.
- Crofts, N., Stewart, T., Hearne, P., Ping, X.Z., Breschkin, A.M. y Locami, S.A. (1995) "Spread of bloodborne viruses among Australian prison entrants", *British Medical Journal*, 310 (6975), 285-289.
- Ericson, R.V. (1975) *Young Offenders and their Social Work*. Massachusetts: Lexington Books.
- Farrall, S. (1995) "Why do people stop offending?", *Scottish Journal of Criminal Justice Studies*, 1, 51-59.
- Farrall, S. (2002) *Rethinking What Works with Offenders: Probation, Social Context and Desistance from Crime*. Devon: Willan Publishing.
- Farrington, D.P. y Nuttall, C.P. (1980) "Prison size, overcrowding, prison violence, and recidivism", *Journal of Criminal Justice*, 8, 221-231.
- Frankl, V. (1959) *Man's Search for Meaning*. Nueva York: Washington Square Press.
- Gaes, G.G. (1985) "The effects of overcrowding in prison", en M. Tonry y N. Morris (ed.) *Crime and Justice: An Annual Review of Research*, Vol. 6. Chicago: University of Chicago Press.
- Gallo, E. y Ruggiero, V. (1991) "The immaterial prison: Custody as a factory for the manufacture of handicaps", *International Journal for the Sociology of Law*, 19, 273-291.
- Garland, David. (1990) *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*. Chicago: University of Chicago Press.
- Gendreau, P., Goggin, C. y Cullen, F. (1999) *The Effects of Prison Sentences on Recidivism. A report to the Corrections Research and Development and Aboriginal Policy Branch, Solicitor General of Canada*, Ottawa.
- Giallombardo, R. (1966) *Society of Women: A Study of Women's Prison*. Chichester: Wiley.
- Gibbs, J.J. (1987) "Symptoms of psychopathology among jail prisoners: The effects of exposure to the jail environment", *Criminal Justice and Behaviour*, 14 (3), 288-310.

- Gibbs, J. (1991) "Environmental congruence and symptoms of psychopathology: A further exploration of the effects of exposure to the jail environment", *Criminal Justice and Behaviour*, 18, 351-374.
- Gilligan, J. (1999) *Violence: Reflections on our Deadliest Epidemic*. Londres: Kingsley.
- Goffman, E. (1961; 2º ed. 1968) *Asylums*. Londres: Penguin.
- Gore, S.M., Bird, A.G., Burns, S.M., Goldberg, D.J., Ross, A.J. y MacGregor, J. (1995) "Drug injection and HIV prevalence in inmates of Glenochil prison", *British Medical Journal*, 310 (6975), 285-289.
- Grounds, A. (2004) "Psychological consequences of wrongful conviction and Imprisonment", *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 46 (2), 165-182.
- Grounds, A. (en prensa) "Research on the effects of long term imprisonment", en M. Tonry (ed.) *Crime and Justice*.
- Gunn, J., Maden, T. y Swinton, M. (1991) *Mentally Disordered Prisoners*. Londres: Home Office.
- HMCIP (1995) *Inspectorate Report on HMP Styal*. Londres: Home Office.
- Haney, C. (1997) "Psychology and the limits to prison pain: Confronting the coming crisis in the Eighth Amendment Law". *Psychology, Public Policy and Law*, 3/4, 499-588.
- Haney, C., Banks, W. y Zimbardo, P. (1973) "Interpersonal dynamics in a simulated prison", *International Journal of Criminology and Penology*, 1, 69-97.
- Haney, C. y Zimbardo, P. (1998) "The past and future of U.S. prison policy: Twenty-five years after the Stanford prison experiment", *American Psychologist*, 53, 7(1)-727.
- Hay, W. y Sparks. R. (1992) "Vulnerable prisoners: Risk in long-term prisons", en A.K. Bottomley, A.J. Fowles y R. Reiner (ed.) *Criminal Justice: Theory and Practice*. Londres: British Society of Criminology.
- Hay, W. y Sparks. R. (1991) "What is a prison officer?" *Prison Service Journal*, 83,2-7.
- Hendriks, J.H., Black, D. y Kaplan, T. (1993) *When Father Kills Mother: Guiding Children through Trauma and Grief*. Londres: Routledge Press von Hirsch, A. (1993) *Censure and Sanctions*. Oxford: Clarendon Press.
- Home Office (1963) *Advisory Council on the Treatment of Offenders in Preventive Detention*. Londres: HMSO.
- Home Office (1991) *Custody, Care and Justice: The Way Ahead for the Prison Service in England and Wales*. Londres: HMSO.

- Hosser, D. (2004) "The Hanover Prison Study", trabajo presentado en European Society of Criminology Conference, Amsterdam.
- Howard, M. (1996). "Protecting the public", *Criminal Justice Matters*, 26, 4-5.
- Johnson, R. y Tach, H. (1982) *The Pains of Imprisonment*. Beverly Hills, CA: Sage Publishing.
- Jones, D.A. (1976) *The Health Risks of Imprisonment*. Massachusetts: Lexington Books.
- Jones, K. y Fowles, A.J. (1994) "Haney, Banks and Zimbardo: The Experimentalists", en K. Jones y A.J. Fowles (ed.) *Ideas on institutions: Analysing the Literature on Long-term Care and Custody*. Londres: Routledge and Kegan Paul.
- Kershaw, C. (1997) "Reconvictions of those commencing community penalties in 1993, England and Wales", *Home Office Statistical Bulletin*, 6/97, 1-27.
- Keve, P.W. (1996). *Measuring Excellence: The History of Correctional Standards and Accreditation*. Lanham, MD: American Correctional Association.
- Kreitman, N., Carstairs, V. y Duffy, J. (1991) "Association of age and social class with suicide among men in Great Britain", *Journal of Epidemiology and Community Health*, 45, 195-202.
- Lanier, C.S. (2003). "Who's doing the time here, me or my children? Addressing the issues implicated by mounting numbers of fathers in prison", en J.I. Ross y S.C. Richards (ed.) *Convict Criminology*. Belmont, CA: Wadsworth.
- Laub, J.H. y Sampson, R.J. (2003) *Shared Beginnings, Divergent Lives: Delinquent Boys to Age 70*. Cambridge, MA: Harvard University Press. Laycock, G.K. (1977) *Absconding from Borstals (Home Office Research Study, Vol. 41)*. Londres: HMSO.
- Liebling, A. (1992) *Suicides in Prison*. Londres: Routledge Press.
- Liebling, A. (1994) "Suicides amongst women prisoners", *Howard Journal*, 33 (1), 1-9.
- Liebling, A. (1999) "Prison suicide and prisoner coping", en M. Tonry y J. Petersilia (ed.) *Prisons, Crime and Justice: An Annual Review of Research*, Vol. 26, pp. 283-360.
- Liebling, A. (2004) *Prisons and their Moral Performance: A Study of Values, Quality and Prison Life*. Oxford: Clarendon Press.
- Liebling, A. y Krarup, H. (1993) *Suicide Attempts in Male Prisons*. Londres: Home Office.
- Liebling, A. y Price, D. (2001) *The Prison Officer*. Leyhill: Waterside Press.

- Liebling, H. (1990) "A study of anxiety levels in female prison officers working in different levels of security and female hostel staff", tesis no publicada de MPhil. Universidad de Edimburgo.
- Liebling, A., Muir, G., Rose, G. y Bottoms, AE. (1997) An Evaluation of Incentives and Earned Privileges. Informe final presentado al Home Office, Londres.
- Light, R. (1993) "Why support prisoners' family-tie groups?" *Howard Journal*, 32 (4), 322-329.
- McCain, G., Cox, V.C. y Paulus, PB. (1980) The Effects of Prison Crowding on Inmate Behaviour, Washington, DC: National Institute of Justice.
- McGurk, B.J. y McDougal, C. (1986) The Prevention of Bullying among Incarcerated Delinquents. (Informe OPS, Serie 11, N.º 114, Circulación restringida), Londres.
- Marquart, J.W. (1986) "Prison guards and the use of physical coercion as a mechanism of prisoner control", *Criminology*, 24 (2), 347-366.
- Maruna, S. (2001) Making Good: How Ex-convicts Reform and Rebuild their Lives. Washington, DC: American Psychological Association Books.
- Maruna, S. y Toch, H. (en prensa) "The impact of incarceration on the desistance process", en J. Travis y C. Visher (ed.) Prisoner Reentry and Public Safety. Nueva York: Cambridge University Press.
- Milgram, S. (1974) Obedience to Authority. Londres: Tavistock Publishing.
- Miller, J. (2001) "American Gulag". *Yes Magazine* (6 de febrero 2001).
- Nightingale, F. (1859) Notes on Hospitals. Londres: Parker and Son.
- Oleson, J.C. (2002). "The punitive coma", *California Law Review*, 90, 829-901.
- Pallas, J. y Barber, B. (1972) "From riot to revolution", *Issues in Criminology*, 7(2), 1-19.
- Pallone, N.J. (1991) Mental Disorder Among Prisoners: Toward an Epidemiological Inventory. Nueva Jersey; Transaction Publishers.
- Parker, T. (1963) The Unknown Citizen. Londres: Hutchinson Press.
- Parker, T. (1970) The Frying Pan: A Prison and the Prisoners. Londres: Hutchinson Press.
- Petersilia, J. (2003) When Prisoners Come Home: Parole and Prisoner Reentry. Oxford: Oxford University Press.
- Porporino, E.J. y Zamble, E. (1984) "Coping with imprisonment", *Canadian Journal of Criminology*, (Edición especial), 26 (4), 403-422.
- Richards, M. (1978) "The experience of long-term imprisonment", *British Journal of Criminology*, 18, 162-169.

- Richards, M. (1992) "The separation of children and parents: Some issues and problems", en R. Shaw (ed.) *Prisoners Children: What Are the Issues?* Londres: Routledge.
- Rutter, M. (1982) *Maternal Deprivation Reassessed*. Harmondsworth: Penguin.
- Rutter, M. y Smith, D. (1995) *Psychosocial Problems in Young People: Time Trends and Their Causes*. Chichester: Wiley and Sons.
- Sampson, R.J. y Laub, J.H. (1993) *Crime in the Making: Pathways and Turning Points Through Life*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Sapsford, R (1978) "Life sentence prisoners: psychological changes during sentence", *British Journal of Criminology*, 18 (2), 128-145.
- Sapsford, R. (1983) *Life Sentence Prisoners*. Milton Keynes: Open University Press.
- Shaw, R. (1987) *Children of Imprisoned Fathers*. Londres: Hodder and Stoughton.
- Shaw, R. (ed.) (1992) *Prisoners Children: What Are the Issues?* Londres: Routledge.
- Shine, J., Wilson, R. y Hammond, D. (1990) "Understanding and controlling violence in a long-term young offender institution", en N.L. Fludger e I.R. Simmons: *Proceedings From Psychologists Conference 1989 (Informe DPS Serie I, N° 34, p. 115-32)*. Londres: Directorate of Psychological Services.
- Shover, N. (1996) *Great Pretenders: Pursuits and Careers of Persistent Thieves*. Boulder, CO: Westview Press.
- Sim, J. (1990) *Medical Power in Prisons: The Prison Medical Service in England: 1774-1989*. Milton Keynes: Open University Press.
- Sim, J: (1994) "Tougher than the rest? Men in prison", en T. Newburn y E.A. Stanko (ed.) *Just Boys Doing Business? Men, Masculinities and Crime*. Londres: Routledge.
- Sparks, R., Hay, W. y Bottoms, A. (1996) *Prisons and the Problem of Order*. Oxford: Clarendon Press.
- Storr A., (1991; 1° ed. 1972) *Human Destructiveness: The Roots of Genocide and Human Cruelty*. Londres: Routledge Publishing.
- Sutton, N. (1995) *Bruno Bettelheim: The Other Side of Madness*. Londres: Duckworth Publishing.
- Sykes, G. (1958) *The Society of Captives*. Princeton: Princeton University Press.
- Taylor, A., Goldberg, D., Emslie, J., Wrench, J., Gruer, L., Cameron, S., Black, J., Davis, B., Macgragor, J., Follett, E., Harvey, J., Basson, J. y McGavigan, J. (1995) "Outbreak of HIV infection in a Scottish prison", *British Medical Journal* 310 (6975), 285-289.

- Thornton, D., Curran, L., Grayson, D. y Holloway, V. (1984) *Tougher Regimes in Detention Centres: Report of an Evaluation by the Young Offender Psychology Unit*. Londres: HMSO.
- Toch, H. (1975) *Men in Crisis: Human Breakdowns in Prisons*. Nueva York: Aldine Publishing.
- Toch, H. (1982) "Studying and reducing stress", en R Johnson y H. Toch (ed.) *The Pains of Imprisonment*. Beverly Hills, CA: Sage Publishing.
- Tech, H. (1992) *Mosaic of Despair: Human Breakdowns in Prisons* (edición revisada). Easton: Easton Publishing Services.
- Tech, H. (1997) *Corrections: A Humanistic Approach*. Guilderland, NY: Harrow and Heston Publishers.
- Toch, H.(2002) "The life of lifers", en RA. Silverman, T.P. Thornberry, B. Cohen y B. Krisberg (ed.) *Crime and Justice at the Millennium: Essays by and in Honor of Marvin E. Wolfgang*. Boston: Kluwer Academic Publishers.
- Toch, H., Adams, K. y Grant, D. (1989) *Coping: Maladaptation in Prisons*. New Brunswick, NJ: Transaction Publishing.
- Useem, B., Liedka, R.V. y Piehl, A.M. (2003) "Popular support for the prison build-up". *Punishment and Society*, 5, 5-32.
- Walker, N. (1983) "The side-effects of incarceration", *British Journal of Criminology*, 23,61-71.
- Walker, N. (1987) "The unwanted effects of long-term imprisonment", en A.E. Bottoms y R. Light (ed.) *Problems of Long-Term Imprisonment*. Aldershot: Gower Publishing.
- Walmsley, R., Howard, L. y White, S. (1991) *The National Prison Survey 1991: Main Findings*. Londres: HMSO.
- West, D.J. (1963) *The Habitual Prisoner*. Cambridge Studies in Criminology. Londres: Macmillan.
- Woodrow, J. (1992) "Mothers inside, children outside: What happens to the dependent children of female inmates?", en R. Shaw (ed.) *Prisoners Children: What Are the Issues?* Londres: Routledge.
- Zamble, E. y Porporino, E.J. (1988) *Coping, Behaviour and Adaptation in Prison Inmates*. Nueva York: Springer-Verlag.
- de Zulueta (1993) *From Pain to Violence: The Traumatic Roots of Destructiveness*. Londres: Whurr Publishers.

VII. Reincidencia y responsabilidad penal de adolescentes

Francisco Maldonado*

1. Introducción

Se me ha solicitado informar en derecho acerca del tratamiento que deben recibir las agravantes de responsabilidad penal asociadas a la “*reincidencia*” en el proceso de determinación de la pena de adolescentes regido por la Ley 20.084. En concreto la consulta apunta a determinar cuáles debiesen ser los efectos jurídicos aplicables en la fijación de las consecuencias de la responsabilidad penal de los adolescentes en caso que se constate la concurrencia de las circunstancias agravantes previstas en los números 14 a 16 del art. 12 del Código Penal¹.

El problema a abordar dice relación con que el tenor literal de ciertas disposiciones pareciera indicar que la regulación de la reincidencia prevista en el régimen de adultos (en las disposiciones citadas) resulta aplicable en determinadas fases del proceso de determinación de la pena de adolescentes, existiendo también razones materiales y de base normativa que llevan más bien a sostener lo contrario. Dicha contradicción plantea una razonable duda acerca de cuál debiese ser en definitiva el criterio a seguir.

Para el tratamiento de esta cuestión, y en atención a que se trata de un problema hermenéutico, propondremos una aproximación centrada en los argumentos concurrentes en favor de cada una de dichas alternativas, desarrollada a partir de las normas y criterios que rigen la interpretación de la ley penal, obviando por ello toda referencia a otras dimensiones o niveles de aproximación. En particular se omiten todo tipo de consideraciones de *lege ferenda*, centradas en el acierto o desacierto político criminal de la regulación, salvo en aquello en que pudieren aportar elementos de juicio relevantes para la aproximación interpretativa. Tampoco abordaremos el tratamiento específico

* Doctor en Derecho. Subdirector del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca. Profesor e Investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de esa misma casa de estudios.

¹ ETCHEBERRY, T.II., p. 30; KUNSEMÜLLER L., p. 61; NOVOA MONREAL, T.I., p. 71.

de la reincidencia como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, asumiendo que la problemática propuesta apunta a la resolución de casos en los que se satisfacen los elementos, exigencias o presupuestos establecidos en el régimen penal general o “*de adultos*”, acotando por ello el problema a su aplicabilidad en el sistema penal de adolescentes, sin perjuicio de la necesidad de dejar asentadas algunas cuestiones de carácter general.

2. Precisiones preliminares

2.1 Efectos asociados a la(s) circunstancias agravantes referidas a reincidencia

En términos técnicos el término “*reincidencia*” se asocia a la concurrencia de los presupuestos o requisitos establecidos por el legislador para la configuración de determinadas circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal que tienen un carácter agravatorio de la misma. Ello implica que no todo reiterante condenado por delito es considerado en la ley como un reincidente. Lo son solo aquellos que hayan cometido “*el delito mientras cumple[n] una condena o después de haberla quebrantado*” (art. 12 N°14), quienes hayan “*sido condenados [] anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena*” (art. 12 N° 15) y quienes hayan “*sido condenado[s] anteriormente por delito[s] de la misma especie*” (art. 12 N° 16).

La mera *recaída en el delito* (que corresponde al sentido *natural* del término²) también genera efectos en el ámbito penal (a nivel sustantivo y procesal), pero se trata de consecuencias diversas a las previstas para la agravante de reincidencia constituyendo un supuesto que el legislador ha considerado insuficiente para motivar aquellos efectos que aparecen asociados a dicha circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal. Incidirá, en su caso, por ejemplo, en el ámbito de la determinación de la pena, en la valoración de la *irreprochable conducta anterior* del penado (art. 11 N°6 del Código Penal), en las exigencias referidas a la concesión del indulto particular (art. 4° letras c y e de la Ley 18.050), en la interrupción del plazo de prescripción (art. 99), en la fijación del plazo que habilita a la omisión de los antecedentes penales del condenado (Decreto Ley 409 de 1932)³ y para el acceso al sistema

² Vid al respecto el Informe CESC (p. 7) donde se detalla: “*Etimológicamente el término reincidir estaría compuesto por el verbo latino ‘incidere’, que significa ‘caer en’ y por el prefijo ‘re’ cuyo significado podría ser comprendido como ‘otra vez’, por lo que el significado del término re-incidir sería interpretable como ‘volver a caer en’.*”. En el mismo sentido CRUZ MÁRQUEZ, p. 125.

³ Vid. FUENZALIDA, pp. 319 y ss.; Informe CESC, p. 12, si bien confundiendo o tratando en forma conjunta los efectos asociados a la recaída (reincidencia en sentido natural) y a la reincidencia propiamente tal.

de reducción de penas en base a buen comportamiento (Ley 19.856). En el régimen de adultos, incide además en la procedencia y características de alguna de las medidas alternativas a las condenas privativas o restrictivas de libertad previstas en la Ley 18.216⁴ (en el régimen de adultos) o, en su caso, de los sustitutivos penales que dicha ley considera conforme a la reciente modificación introducida por la Ley 20.603⁵. En el ámbito procesal, finalmente, inciden en la resolución de la prisión preventiva (conforme a lo dispuestos en el art. 140 del Código Procesal Penal)⁶ y para la eventual aplicación de la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 letra b) del Código Procesal Penal), entre otros⁷.

Dichos efectos se asocian por ello a todos los casos en que los antecedentes prontuarios corresponden a varios delitos de diversa naturaleza cuya pena en abstracto⁸ es inferior a la de aquél que motiva el enjuiciamiento; aquellos en que solo alguno de ellos tiene asignada una pena superior y los casos en que sólo se registra un delito de diversa especie (con independencia de la pena asignada). A ellos se suman aquellos casos en que el efecto agravatorio correspondiente se considera prescrito, conforme lo dispone el art. 104 del Código Penal.

En los casos de reincidencia propiamente tal las consecuencias previstas son diversas, y se encuentran vinculadas estrictamente a la asignación imperativa de un efecto agravatorio de la responsabilidad penal cuyas características se regulan conforme a la dinámica prevista en general para la valoración de los contenidos circunstanciales del delito (previstas en los arts. 63 a 69 del Código Penal). Se trata de una consecuencia adicional a las anteriormente mencionadas que fueren procedentes, en la medida que los casos de reincidencia legal son siempre subespecies

⁴ En este sentido GARRIDO MONTT, T.I, p. 209.

⁵ En NOVOA MONREAL (T.II., pp. 92 y 93) se aprecia un listado de efectos similares (adaptados, eso sí, a la regulación vigente en la época de confección del texto). No obstante, dicho autor incurre en el error de asimilar los presupuestos de dichos efectos a los de la reincidencia, sin advertir que en todos los casos mencionados éstos se determinan a partir de la existencia de “*condenas anteriores*”, dato que no resulta suficiente para configurar un caso de reincidencia en términos legales. Vid asimismo, en forma parcial, POLITOFF / MATUS / RAMIREZ, p. 516.

⁶ En este caso el presupuesto apunta a considerar como antecedente para considerar al imputado como un peligro para la seguridad de la sociedad el hecho de que “*hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley le señale igual o mayor pena*”. El nexa se destaca respecto del régimen procesal precedente CURY URZÚA (p. 514) y GARRIDO MONTT, T.I, p. 209.

⁷ En el mismo sentido BERRÍOS, p. 178, quien específicamente utiliza un concepto *amplio* de reincidencia para constatar sus implicancias en las restricciones al acceso a salidas alternativas (por razones legales o de criterio de persecución).

⁸ MERA FIGUEROA en COUSO / HERNÁNDEZ, p. 344; CURY URZÚA, p. 510; ETCHEBERRY, T.II., p. 31; NOVOA MONREAL, T.II., pp. 82 y 83; POLITOFF / MATUS / RAMIREZ, p. 517.

del género configurado por la *reiteración sancionada* en general (o reincidencia *en sentido natural*)⁹.

De lo que se trata aquí entonces es de verificar la aplicabilidad de la reincidencia en sentido legal, es decir, la concurrencia de los efectos jurídicos asociados por el legislador a la concurrencia de sus respectivos presupuestos constitutivos en el ámbito de la responsabilidad penal de los adolescentes. Dichos efectos, *grosso modo*, son los siguientes:

a) Carácter imperativo de las definiciones adoptadas por el legislador al regular las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal

La concurrencia de una circunstancia a la que el legislador le atribuye un carácter modificatorio de la responsabilidad penal genera en primer lugar *el deber* en el juez de instancia *de considerarla* obligatoriamente en el proceso dedicado a la valoración de los aspectos circunstanciales del delito.

A este respecto conviene tener en cuenta que dicha obligación no emana del hecho de que en nuestro sistema general de valoración de las circunstancias del delito tenga carácter estrictamente reglado. Son más bien razones asociadas al principio de legalidad las que lo justifican en la medida en que impone la exigencia de que la actuación judicial, en las fases discrecionales que considera el procedimiento de fijación de la pena, deba encontrarse regida por criterios orientativos previstos en la ley. De esta forma se podrá afirmar que la individualización judicial es también reflejo de las exigencias de legalidad de la pena y no una aplicación del mejor arbitrio individual¹⁰, lo que demanda una exigencia de fundamentación que es objeto de control por la vía de la nulidad¹¹.

⁹ Conviene tener en cuenta que la terminología da cuenta de categorías cuyo uso se encuentra absolutamente estandarizado. Baste ver que en el primer análisis de cifras relativo a reincidencia de adolescentes sometidos a la Ley 20.084 el concepto de reincidencia se definió en torno a quienes "*presentaban una condena*" o (simplemente) una nueva causa en su contra. Se trata de supuestos absolutamente lejanos a la reincidencia técnica o legal. Al respecto Vid. BERRÍOS D., p. 184.

¹⁰ En el mismo sentido HORVITZ L. p. 101. Sobre las dinámicas de valoración de circunstancias previas a la modernidad Vid. VAN WEEZEL, pp. 460 y ss. En particular destaca que la falta de consideración a las exigencias de la legalidad decantaban en la virtual inexistencia de circunstancias modificativas, lo que resultaba coherente con el hecho de que el proceso de individualización de sanciones se configurase en base al "*mejor arbitrio judicial*" (pp. 462 y 463). El deber de motivar la sentencia emana entonces de la modernidad, en cuanto asociada a la legalidad (NÚÑEZ / VERA, p. 171). En nuestro caso en particular la práctica judicial (y la desatención de la dogmática) se acomodó a un esquema donde imperaba el libre arbitrio judicial, realidad que tiende a modificarse a partir de la implementación de la reforma al procedimiento penal. Al respecto vid. MEDINA SCHULZ, p. 226; NÚÑEZ / VERA, p. 169.

¹¹ Al respecto VAN WEEZEL, p. 463. En particular, respecto de la extensión de dicho deber, en pp. 493 y ss.

De ahí que este efecto vinculante también se puede sostener (en principio) en un modelo de fijación de penas centrado en una dinámica de individualización judicial más amplia como el previsto en la Ley 20.084 en la medida en que se trata de una actividad que, por definición, debe ajustarse a los parámetros definidos por el legislador. De esta forma, si entre ellos se considera la valoración de determinadas circunstancias del delito (como sugiere la letra c) del art. 24 de la Ley 20.084) parece claro que la consideración de aquellas que hayan sido definidas por el legislador con tal carácter es, por las mismas razones, imperativa.

La fijación legal de cuáles son los aspectos circunstanciales que deben ser tenidos en cuenta en el proceso de ponderación de “*las circunstancias del hecho*” debe ser respetada por el sentenciador en términos absolutos. De ahí se colige que éstas, y no otras, deben ser las consideradas, como también el que forzosamente deban ser ponderadas en caso de concurrencia de sus presupuestos constitutivos. La omisión de alguna de las circunstancias atenuantes y agravantes constituiría un quebrantamiento de la regla legal que norma dicho proceso discrecional (y no arbitrario), sancionada por la vía de la nulidad¹². La misma falta se produciría si el sentenciador da cuenta de circunstancias adicionales o diversas, en la medida en que se trata de parámetros que no han sido previstos por el legislador para el desarrollo de dicha tarea¹³.

b) Carácter imperativo de los efectos previstos por el legislador

En segundo lugar hay que tener en cuenta que las motivaciones que llevan al legislador a asignarle a cada circunstancia un efecto atenuante o agravatorio de la responsabilidad penal, con incidencia en las consecuencias que ella supone, también forman parte de los contenidos que el juez debe considerar en forma obligatoria a la hora de valorar su concurrencia. Ello implica que su constatación no puede carecer de efectos (el legislador ya se lo ha asignado al definirla como circunstancia genéri-

¹² En este sentido, contundente, RODRIGUEZ COLLAO, pp. 423 y ss. Respecto del régimen general (y en referencia al entonces procedente recurso de casación) VAN WEEZEL, pp. 464 y 472. Respecto del sistema penal de adolescentes MEDINA SCHULZ, pp. 214 y 227 y ss.; MALDONADO FUENTES, *Fundamentación*, 2011, pp. 507 y ss.; NÚÑEZ / VERA, pp. 177, 179 y 198 y ss.

¹³ La doctrina destaca el carácter *numerus clausus* que tiene la descripción de las circunstancias (al respecto CURY URZÚA, p. 474; NOVOA MONREAL, T.II., p. 15). No obstante, se opone a dicha conclusión, parcialmente, el tratamiento que parte de la doctrina le concede a las denominadas atenuantes analógicas (Vid. al respecto RODRIGUEZ COLLAO, pp. 422 y ss.). Desde nuestro punto de vista no existe en dicho caso contradicción alguna. La analogía opera como mecanismo de integración del derecho, constituyendo una manifestación tolerada desde el punto de vista de las exigencias del principio de legalidad. De hecho la tarea de argumentar a partir de un fundamento de base legal (que es en lo que consiste el ejercicio), cuya extensión permitirá abarcar una hipótesis que carece de formulación expresa, no puede ser considerada como una manifestación de criterio judicial que se encuentre al margen de la ley, en la medida en que se basa precisamente en un criterio acuñado por el legislador. En otro sentido, parcialmente en contra, VAN WEEZEL, pp. 467 y 468.

ca), ni puede tener asignado uno diverso al previsto por el legislador (sea que la haya calificado como agravante o como atenuante).

Hay que tener en cuenta que las agravantes genéricas (como los casos de reincidencia legal) no tienen asignado un efecto agravatorio en particular sino uno que -como ya apuntamos- debe regularse *acorde a las reglas previstas para su ponderación*. De conformidad con ellas su concurrencia puede producir un efecto neutralizador de atenuantes (por disposición de la ley o por efecto de la *compensación racional*) o una función agravatoria de la pena, pudiendo llegar a cumplir un efecto incremental (subir el grado de la pena) solo en la medida en que vaya acompañado de otras circunstancias de cuya valoración de conjunto se desprenda la necesidad de arribar a dicho efecto¹⁴.

En el sistema penal juvenil dichos efectos también deberán regularse *acorde a las reglas previstas para su ponderación*. Generarán por ello consecuencias que igualmente incrementarán la aflictividad de la respuesta pero que, en concreto, serán diversas a las recién señaladas pues, en este caso, deberán aplicarse *aquellas que sean procedentes* acorde al modelo de valoración de circunstancias y, en general, de individualización. Lo relevante por ahora es destacar que se sigue en ello el mismo principio de determinación, con independencia de su materialización específica sea diversa.

2.2 Consecuencias

Sobre esta base podemos sostener que una respuesta afirmativa respecto de la procedencia de las circunstancias agravantes asociadas a la reincidencia en el modelo previsto en la Ley 20.084 obligaría a darles cabida a todos y cada uno de dichos efectos, debiendo, en su caso, adaptarse dichas consecuencias a los caracteres de dicho modelo según ya apuntamos. Ello implica¹⁵:

1° Que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 21, se deberá definir un grado de penalidad conforme a las reglas previstas en el "*párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal*" (salvo el art. 69), considerando dicha circunstancia y las demás que concurren, donde cumplirá efectos similares a los previstos en el régimen de adultos;

2° Que, acorde a lo dispuesto en el art. 24 letra c), deberá ser considerada para determinar la naturaleza y extensión definitiva de la pena que se va a imponer¹⁶, debiendo

¹⁴ Así, conforme lo disponen los incisos quinto del art. 67 y cuarto del art. 68, ambos del Código Penal.

¹⁵ Vid. al respecto Informe CESC, p. 12.

¹⁶ A nuestro juicio carece de toda lógica sostener (como se ha hecho) que la extensión de la pena de adolescentes se encuentra completamente determinada con la aplicación del art. 21 de la Ley 20.084 y con la fijación de los rangos señalados en el art. 23. Así se ha propuesto a partir del encabezado y títulos de las disposiciones en juego (Vid. por todos, HORVITZ L., *passim*).

formar parte del razonamiento que el tribunal exponga acerca de su consideración (y la de los demás criterios concurrentes) en lo resolutivo de la sentencia; en dicho lugar, puede cumplir efectos concretos diversos, conforme sugiera el mejor cumplimiento de los fines de la sanción, en la medida en que todos ellos puedan ser calificados como agravatorios. Es decir, la consecuencia de su consideración debe siempre encontrarse asociada a un mayor rigor o a una mayor afflictividad en la consecuencia.

3° Que, acorde a lo dispuesto en el art. 25 –en su caso–, deberá ser tenida en cuenta (junto a las demás criterios concurrentes) en forma análoga a cómo opera en el art. 24, para determinar si “el mejor cumplimiento de los fines de la ley” se puede cumplir a través de un conjunto de sanciones. Lo mismo aplica respecto de los casos regulados en el art. 9.

Por su parte una respuesta negativa producirá dos ámbitos de consecuencias, a saber:

1° La improcedencia de todos y cada uno de los efectos mencionados. Ello supone que la constatación de sus presupuestos no produce consecuencia alguna en la aplicación del art. 21 de la Ley 20.084 y tampoco en el proceso de individualización (art. 24) “en cuanto circunstancia”, sin perjuicio que, como anticipamos, pueden en este último caso cumplir otros efectos (no necesariamente agravantes) según disponga la fuente que sirva de base para asignarles algún sentido; y

2° Un tratamiento amplio de todos los supuestos de recaída en el delito (aquellos en que existe una condena precedente). Esto último supone una virtual equiparación de todos los casos que comparten dicho supuesto y el hecho de que el sentenciador les puede asignar efectos en la medida en que exista una fuente normativa diversa que permita (y obligue a) considerarlos¹⁷. Dichos efectos dependerán de los contenidos de las respectivas fuentes normativas y no deberán ser necesariamente agravatorios de la responsabilidad.

Así, por ejemplo, podrán llegar a tener igualmente contenido agravatorio (como la *neutralización* del efecto *atenuante* que pudiere producir la irreprochable conducta

Hay que tener en cuenta que se trata de una disposición cuya aplicación se encuentra referida a un catálogo de sanciones diversos a aquellos que deben ser aplicados a la responsabilidad penal de los adolescentes y cuyo resultado se expresa en un “*grado*” de dicha penalidad propia del régimen de adultos. Por otro lado (con particular claridad en el sistema de adolescentes) no ofrece más que un *rango de extensión* o duración de la respectiva sanción y no una cuantía precisa y concreta, siendo evidente que para arribar a una pena concreta falta aun una etapa por completar. Con ello parece claro que dicha tarea aun queda pendiente a la hora de dar aplicación a lo dispuesto en el art. 24 de la Ley 20.084.

¹⁷ Debemos a este respecto reiterar que no resulta posible que en la individualización de la pena se le atribuyan efectos a ningún tipo de antecedente (por más relevante que parezca) si no existe una fuente normativa que así lo disponga, bajo sanción de nulidad.

anterior del condenado), siendo también posible asignarle incidencias diversas a partir de una fuente (normativa) alternativa, referida a la aplicación de lo dispuesto en la letra f) del art. 24, esto es, para la evaluación de la “*idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.*”. En dicho caso concedería un ámbito más amplio de evaluación y de efectos (agravantes, atenuantes, referidos a lo cualitativo o a lo cuantitativo) para la fijación de la sanción.

3. Presupuestos normativos

Inicialmente conviene tener en cuenta que *no existe una referencia o remisión formal y expresa en la Ley 20.084 respecto de la reincidencia legal como institución jurídico-penal.* Tampoco existe una remisión positiva que en forma directa asigne efectos jurídicos a las disposiciones que la regulan en el Código Penal (art. 12 números 14 a 16).

Su eventual consideración en la dinámica de determinación de la pena aplicable a adolescentes provendría de lo dispuesto en los arts. 21 y 24 de la Ley 20.084 en la medida en que se trata de reglas que contienen remisiones a disposiciones que forman del régimen general (común o “*de adultos*”) que directa o indirectamente se vinculan con dichos contenidos.

En efecto, el art. 21 de la Ley 20.084 consigna una serie de reglas que permiten calcular un grado de penalidad (o “*pena base*”) con la que se inicia el proceso de determinación legal de la pena de adolescentes, incluyendo entre ellas una remisión a un conjunto de disposiciones propias del proceso determinación de la pena del régimen de adultos (en específico, las previstas en el “*Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código*”). Entre ellas se encuentran las reglas relativas a la valoración general de la aplicabilidad concreta de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal (arts. 63 y 64) y sus efectos en la fijación del grado de la pena de adultos (arts. 65 a 68 bis). Por su parte el art. 24 (que regula la individualización o determinación judicial de la pena de adolescentes) dispone que el sentenciador debiese seleccionar la pena concreta aplicable a un delito en atención a una serie de criterios que deben ser ponderados en conjunto, entre los cuales se menciona, de forma global, a las agravantes y atenuantes de la responsabilidad penal. En efecto, la citada disposición señala:

“Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios (...) c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal” (el destacado es nuestro)

Teniendo en cuenta que dichas circunstancias aparecen descritas con carácter general en los arts. 11 a 13 del Código Penal (además de otras que fueren reguladas en disposiciones penales particulares) se concluye, inicialmente, que el reenvío contenido en el artículo en comento incluye la consideración de la agravante de reincidencia, en cuanto su descripción y exigencias -según ya señalamos- se encuentran establecidas en los numerales 14 a 16 del art. 12 del Código Penal.

Finalmente, se tiene en cuenta que el legislador se habría manifestado claramente a favor de dicha opción toda vez que dispuso la incorporación de las condenas dictadas por responsabilidad penal de adolescentes al registro general de condenas¹⁸, regulando, además –y esto es lo relevante- el que se puede comunicar (o certificar) el contenido de dicho registro para efectos de acreditar la reincidencia en juicio. En este sentido el inciso final del art. 2 del Decreto Ley 645 de 1925 (sobre Registro general de condenas) dispone que:

“Los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y a la Policía de Investigaciones o para los fines establecidos en el inciso primero del presente artículo” (el destacado es nuestro).

Por su parte, el inciso primero aludido en dicha disposición señala:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 19.628, sobre protección de datos de carácter personal, el servicio de registro civil e Identificación comunicará al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los juzgados de policía local, en su caso, los datos que soliciten para comprobar la reincidencia de los imputados.”

De la lectura de estas disposiciones se concluiría que uno de los objetivos de la incorporación de las condenas de adolescentes en el registro regulado en el citado Decreto Ley es precisamente el habilitar a que se proceda a valorar la reincidencia.

3.1 Normas referidas a la determinación de la pena en el régimen de adolescentes

a) Contenido y sentido del “tenor literal” de los arts. 21 y 24 de la Ley 20.084

Debemos tener en cuenta en primer lugar que una lectura detenida del texto de las disposiciones transcritas pone en evidencia que no ofrecen ningún elemento de juicio que permita concluir la aplicabilidad de la agravantes de reincidencia, cons-

¹⁸ Así lo dispone (conforme dispone en términos general, es decir, respecto de cualquier condena penal, el art. 3 y, en general, el régimen normado en el Decreto Ley citado).

tituyendo una conclusión que exceden a su “*tenor literal*” (y, consecuentemente, de su “*sentido*”). Así al menos acontece con las reglas relativas a la determinación de la pena, de las que nos ocuparemos en primer lugar.

En lo relativo al art. 21 conviene tener en cuenta que se trata de una disposición que (en lo pertinente) realiza un reenvío a determinadas reglas previstas en el régimen general, referidas concretamente a una dinámica de valoración y atribución de efectos propios del proceso de determinación de la pena. Se trata de normas que de esta forma configuran un *procedimiento* que el sentenciador debe seguir para arribar a un grado de penalidad. En tal virtud son normas que, en lo pertinente, le indican al sentenciador qué es lo que debe hacer para valorar la concurrencia o ausencia de circunstancias agravantes y atenuantes de responsabilidad, sin que aporten en modo alguno respecto de la determinación de cuáles son esas circunstancias que el juez debe valorar y sobre las cuáles recaerá dicho procedimiento. Esta última definición –según ya hemos visto– se encuentra regulada en el régimen penal general en los arts. 11 a 13 del Código Penal (como también en otras tantas disposiciones particulares adicionales), disposiciones que no se encuentran incluidas en la remisión positiva que realiza el art. 21 de la Ley 20.084, pues dichas normas no forman parte del “*Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal*”.

Otro tanto se puede decir de lo dispuesto en el art. 24. Si bien en este caso (y a diferencia del anterior) existe efectivamente una remisión positiva y expresa a las circunstancias “*atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal*” tampoco se indican en dicho texto cuáles deben ser dichas circunstancias, constituyendo una materia diversa a la que aborda en particular, cual es, el *procedimiento* de individualización judicial de la pena.

A estos efectos lo único que se puede colegir a partir del texto es la necesidad de que los aspectos circunstanciales del delito deban encontrarse establecidos o fijados en forma positiva (no cualquier elemento de juicio puede ser tomado en cuenta sino sólo aquellos que el legislador ha seleccionado a dichos efectos) y que el juez debe asignarles en la individualización (razonada) un efecto incremental en la aflicción (cualitativa o cuantitativa) de la pena. No obstante no incide en modo alguno en la determinación de su contenido, es decir, acerca de cuáles son o deben ser dichas circunstancias, materia que –según señalamos– no pareciera encontrarse tratada en forma específica en la Ley 20.084.

b) Complemento indispensable: la finalidad del art. 21

Desde un punto de vista teleológico no parece que la remisión contenida en el art. 21 de la Ley 20.084 respecto de las reglas de valoración de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal deba ser entendida y aplicada en forma absoluta. De ser así se corre el riesgo de introducir en el modelo efectos o conse-

cuencias que se apartan de los objetivos y funciones que se espera que cumpla la norma¹⁹.

A este respecto hay que tener en cuenta que el sentido de recurrir a un régimen de fijación de penas aplicable sobre sanciones diversas de las contenidas en la Ley 20.084 sólo se explica por el hecho de que su utilización no es propiamente una parte del modelo de determinación de penas de adolescentes, sino más bien un procedimiento previo e inicial, destinado a servir de *enlace* entre las valoraciones plasmadas por el legislador para fijar la gravedad de los delitos previstos en la parte especial del régimen penal general y las sanciones que son propias del sistema de adolescentes²⁰. La idea de base apunta a resguardar la debida proporcionalidad de las penas y el estricto apego que el legislador debe brindar al principio de legalidad en este ámbito en particular (fijación legal de la pena)²¹.

A dichos efectos se busca en primer lugar que las sanciones aplicables guarden la debida relación con la gravedad del hecho enjuiciado (proporcionalidad absoluta) recurriendo para ello al índice de gravedad que ofrece la pena fijada en el respectivo marco penal. Se trata de un índice o indicador que viene expresado en una "*pena de adultos*" y que por ello requiere de una cláusula o mecanismo de conversión que permita conocer cuáles son las penas de adolescentes que serían aplicables a cada caso en particular.

¹⁹ Conviene tener en cuenta, finalmente, que no existe impedimento alguno para recurrir al elemento teleológico para determinar concretamente el sentido de una disposición, más allá de las consideraciones que amerita su *tenor literal* o la *finalidad del legislador*. Concreta y latamente desarrollado en DUCCI CLARO, pp. 92 y ss.; Implícito en SQUELLA NARDUCCI, pp. 412 y ss.

²⁰ Parece obvio que el sistema de fijación de la pena de adolescentes se debe encontrar referido a las sanciones previstas en los arts. 6 y 7 de la Ley 20.084, consecuencias que, por lo demás, y a diferencia de las penas previstas en el Código Penal, no se expresan en "*grados*". De ahí que resulte ilógico entender que la aplicación de reglas referidas a las penas previstas en el Código Penal (es decir, aplicables respecto de otro tipo de sanciones penales) y que operan a partir de su expresión en "*grados*" (igualmente ajenos) sean, estrictamente, reglas de fijación de penas de adolescentes. Estas solo ofrecerán un índice o indicador asociado a una entidad o "*gravedad*", cuya utilidad radica en servir de base para resolver cuáles son las alternativas de sanción propias del régimen de adolescentes que deben ser dispuestas como reacciones potenciales frente a un determinado delito (art. 23). Una vez realizada dicha *conversión* pareciera que nos encontramos (recién) frente a un sistema de determinación de penas propio del régimen de adolescentes.

²¹ De ello nos hemos ocupado en otro lugar con base en fuentes lógicas, teleológicas y referidas a la historia de la gestación legislativa del modelo. Vid. MALDONADO FUENTES, *Determinación*, pp. 201 y ss.; y en MALDONADO FUENTES, *Fundamentación*, 2011, pp. 513 y ss.

A esto último se dedica el art. 23, dividiendo todos los delitos posibles de atribuir a un adolescente en cinco grandes grupos a efectos de la asignación de las respectivas alternativas de sanción. A la determinación de dicho índice se dedica la primera parte del art. 21, al referirse a la pena “señalad[a] por la ley para el ilícito correspondiente”.

Luego, y siguiendo la lógica de la proporcionalidad, el legislador busca plasmar el principio de que la aflictividad de la pena de un adolescente debe ser proporcionalmente inferior a la que corresponde a un adulto (proporcionalidad relativa)²², siendo éste el motivo que justifica recurrir a “la pena inferior en un grado” a partir del mínimo señalado en la ley, como también la necesidad de dar aplicación a “las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal”. Si bien la pretensión antedicha parece evidente en el primero de dichos casos debemos tener en cuenta respecto del segundo que la amplia mayoría de las reglas previstas en el mentado párrafo 4º disponen la aplicación de modificaciones a la pena señalada en la ley que se traducen en una rebaja o reducción de su extensión. De esta forma el no considerarlas genera un riesgo cierto de que la sanción aplicable a un adolescente pudiera llegar a ser mas aflictiva que la impuesta a un adulto, siendo precisamente lo que se pretende evitar.

En efecto, basta tener en cuenta que todas las reglas referidas a las etapas incompletas de ejecución del delito y las relativas a la participación criminal (arts. 51 a 54 y 61 del Código Penal) como también la amplia mayoría de las referidas a la valoración de circunstancias (arts. 65 a 68 bis) prevén dicho resultado como consecuencia, con rebajas que van de uno a cuatro grados de penalidad, siendo mas bien escasos (y altamente exigentes) los casos en que se dispone una ampliación del mínimo de pena²³ o un aumento de la misma²⁴.

Con ello carece de todo sentido disponer la aplicación de dichas reglas a efectos de considerar potenciales aumentos en el grado de la penalidad, aunque ello se traduzca en el solo incremento del extremo inferior de ella, pues en dichos casos nos apartaríamos de la función que cumple la norma en el sistema de fijación de la pena (evitar la aplicación de una condena más aflictiva en el adolescente que en el adulto), generando incluso el riesgo de que su aplicación llegase a operar en sentido opuesto o contraproducente.

²² A ello también se dedica el inciso segundo del art. 26 (“En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza.”), disposición que opera como regla correctora, aplicable sobre la pena ya fijada.

²³ En concreto en el inciso segundo de los arts. 66, 67 y 68 se agrava el mínimo de pena aplicable.

²⁴ En concreto solo en dos casos (arts. 67 inc. 5º y 68 inc. 4º) se permite directamente subir un grado de penalidad.

De esta forma, y conforme a su sentido o finalidad, no parece razonable que en aplicación de las reglas a las que se remite el art. 21 de la Ley 20.084 se deba dar aplicación a los efectos asociados a eventuales aumentos de penalidad, lo que específicamente se extiende al uso que puede darse a las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal. Éstas (incluyendo a la reincidencia) no debiesen producir efectos en dicha fase o etapa del proceso. Ello no implica que las circunstancias agravantes que deban ser consideradas carezcan de efectos en la determinación de la pena aplicable a los adolescentes. Ellos operan en el momento que corresponde dentro del proceso de fijación de la pena y que, conforme a la decisión del legislador, se ubica en la dinámica de individualización de la pena regulada en el art. 24.

Esta conclusión se ratifica por el hecho de que el legislador pareciera no haber previsto el que dichas circunstancias (las agravantes) llegaren a producir efectos en dos momentos diversos dentro del proceso de determinación de la pena, en atención a que ello atentaría contra el principio *non bis in idem*, problema ha sido tempranamente denunciado por nuestra doctrina²⁵ siendo además ratificado por la jurisprudencia a nivel material²⁶.

c) El problema del *ne bis in idem*

Al respecto debemos tener en cuenta que la crítica (y sus fundamentos) apuntan a denunciar un problema de la *doble valoración*, sin que de ello se extraiga un efecto concreto que decante en un veto a la consideración de agravantes en la dinámica regulada en el art. 24 de la Ley 20.084. Si bien dicho criterio pareciera sugerirse por doctrina²⁷ y jurisprudencia a nivel material, no parece ser más que una aplicación

²⁵ HORVITZ L., pp. 103, 113 y 114. Oo. MEDINA SCHULZ, pp. 216 y ss. Por razones asociadas a la comprensión estrictamente funcional de las etapas en que se divide el proceso de fijación de la pena. Próxima SAN MARTIN, p. 297, si bien en base a sostener que los objetivos en cada caso son diversos (en relación a la extensión y naturaleza de la sanción, respectivamente). En nuestro caso en particular compartimos dichas observaciones (en MALDONADO FUENTES, *Determinación*, pp. 203, nota 64 y más latamente en MALDONADO FUENTES, 2009, p. 10) sin que ello implique llegar a desconocer que existiría un doble efecto proscrito si concurrencia de la circunstancia produce un efecto que se traduce en modificar el marco penal aplicable sin su consideración (art. 23) y se pretendiera introducir un efecto agravatorio sobre esta misma base en el art. 24. Sobre la problemática Vid. NÚÑEZ / VERA, pp. 186 y ss.

²⁶ A este respecto debemos tener en cuenta que por sobre los casos en que los fallos reproducen declaraciones formales que se hacen cargo del problema (donde las opiniones se encuentran divididas) en la amplia mayoría la jurisprudencia reconoce implícitamente el que dichas circunstancias deben ser valoradas en una sola oportunidad. Si bien en la mayoría se la considera en la aplicación del art. 21, omitiéndose toda consideración a la hora de desarrollar las argumentaciones referidas a la aplicación del art. 24, lo relevante en este momento es que ello supone un reconocimiento de la necesidad de evitar una doble consideración o valoración.

²⁷ Expresamente BUSTOS RAMIREZ, p. 67; HORVITZ L., p. 114; Informe CESC, p. 13.

intuitiva, en la medida en que no se hace cargo de las razones materiales concurrentes para determinar cuál debiera ser el efecto de la limitación que proviene de la prohibición de doble valoración. En concreto, se ocupa un criterio secuencial o cuasi-cronológico (“*si ya se aplicó una vez, deben excluirse las aplicaciones sucesivas*”) omitiendo todo tipo de cuestionamientos acerca de la razonabilidad de las alternativas en juego, solucionándose el problema tanto si se suprime la consideración de las respectivas circunstancias en la aplicación del art. 21 como en la aplicación del art. 24, existiendo buenas y mejores razones (de carácter materiales) que permiten privilegiar la primera solución. Entre ellas podemos mencionar las siguientes: primero, el que la tesis contraria supondría sustraer dicho antecedente de la etapa central del proceso de fijación de la pena en el modelo instaurado en este régimen especial, único que da cuenta de las particularidades y del carácter especial del modelo en esta materia²⁸; segundo, pues ello también supondría sustraer su consideración del único momento en que se lo valora acorde a los contenidos propios del régimen de adolescentes y, lo más importante, en función de las sanciones previstas en este sistema (se las puede valorar en función de las reacciones que van a ser impuestas)²⁹. Tercero, y lo más relevante, ello supondría una interpretación que no es compatible con el texto expreso de la ley, pues basta leer el tenor de las disposiciones en juego para apreciar que sólo en el art. 24 el legislador se refiere en términos explícitos a las agravantes, característica de la que carece (por completo) el art. 21.

De esta forma, una aproximación sistemática a los contenidos de las disposiciones en juego lleva, de forma necesaria, a excluir la consideración de las agravantes de responsabilidad penal en la aplicación de las reglas a que se refiere el art. 21, reservando su valoración para la instancia regulada en el art. 24, todo ello, acorde al tenor de las disposiciones en juego y su fundamento o función que cumplen en el proceso de determinación de la pena de adolescentes.

²⁸ Al respecto Vid. MALDONADO FUENTES, *Fundamentación*, 2011, p. 513.

²⁹ Basta recordar que las valoraciones referidas a la aplicación del art. 21 se basan en el modelo de adultos, teniendo como objetivo la fijación de un rango de afflictividad representativo de un grado de penas de adultos. De ahí que deba corresponder a un proceso regido por los criterios propios del régimen de adultos pues se busca establecer un indicador expresado precisamente en la condena que hubiere merecido un mayor de edad.

3.2 Registro de condenas

Ahora bien, según anticipamos, también el tenor literal del art. 2 del Decreto Ley 645 de 1932 parecería avalar la idea de que la agravante de reincidencia debe ser valorada en la fijación de la pena de adolescentes pues permite comunicar los antecedentes prontuarios de los condenados menores de edad “*al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los juzgados de policía local (...) para comprobar la reincidencia de los imputados*” (el subrayado es nuestro)³⁰.

No obstante, no parece que dicho texto permita extraer dicha conclusión, pues en él se alude a una noción de reincidencia diversa, más amplia y referida a su acepción natural. Si bien parece indiscutible que el legislador entiende que los antecedentes penales previos del acusado deben ser comunicados y valorados en un proceso posterior, de ello no se colige una forma específica de atribución de efectos y, en particular, el que ésta corresponda a una valoración de las circunstancias agravantes asociadas a reincidencia.

Debemos tener en cuenta que los antecedentes incorporados al registro general de condenas constituyen datos personales sujetos a reserva siendo por ello regulada su comunicación bajo un régimen de excepción³¹. La justificación de su comunicación (vía certificaciones) depende entonces de un estricto apego a las finalidades que las motivan, encontrándose prohibido exceder el campo de aquello que habilita a su conocimiento. Siendo así, deberíamos concluir que no sería posible utilizar dichos datos para fines que no sean la sola acreditación de la *agravante de reincidencia*, pues éste constituiría el único motivo que el legislador ha considerado expresamente como causa de la comunicación de los antecedentes prontuarios a Jueces y Fiscales. De esta forma, en la medida en que dicho régimen excepcional debe ser interpretado en términos estrictos, deberíamos excluir la posibilidad de que dichos datos pudieran servir como antecedente para la operatividad de cualquiera de los demás institutos procesales y penales que pueden acreditarse a través de las constancias consignadas en el prontuario penal (y que, según ya hemos visto, son múltiples), cuyos presupuestos deberían acreditarse a través de medios o mecanismos de convicción alternativos.

No basta a dichos efectos entender que el conocimiento de los contenidos de dicho registro puede en estos casos constituir un antecedente que opere en favor del reo

³⁰ La verdad no se discute el que las sentencias condenatorias dictadas respecto de la responsabilidad penal de los adolescentes deban ser incorporadas al registro general de condenas, constituyendo un supuesto obvio a partir del texto referido. En efecto, si el legislador trata los casos en que los antecedentes prontuarios de adolescentes pueden ser comunicados, es obvio que entiende que las condenas correspondientes han sido ingresadas al registro. Al respecto Vid. FUENZALIDA, pp. 315 y ss.

³¹ Como indica la frase inicial del art. 2° del Decreto Ley 645 de 1925 los datos que se comunican lo son sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 19.628, es decir, sin afectar su carácter de datos personales que dicha disposición establece y regula. En el mismo sentido FUENZALIDA, p. 316.

para explicar la normativa. En dicho caso, se debería exigir que sea el propio interesado quien deba sopesar la conveniencia de su entrega, siendo incluso claro que hoy mismo puede perfectamente hacerlo (solicitar una certificación y acompañarla al tribunal o fiscalía correspondiente). En este caso estamos más bien frente a una comunicación automática, que vincula a jueces y tribunales con el contenido del registro, quienes no pueden ponderar a priori (sin conocer el contenido) si el resultado de dicha comunicación es favorable o adverso a los intereses del enjuiciado.

De esta forma si se sostiene que el término *reincidencia* se encuentra asociado a la agravante homónima, necesariamente debemos excluir la posibilidad de que la certificación correspondiente pudiere servir de base para la resolución de otros efectos jurídicos diversos lo que resulta ilógico y, con ello, inaceptable como solución hermenéutica. Constituiría además una conclusión contraintuitiva, que minimiza considerablemente la operatividad práctica de las instituciones jurídicas mencionadas.

Parece lógico, por todo lo dicho, que la noción de *reincidencia* que ocupa el legislador en la frase final del art. 2º del Decreto Ley 645 de 1925 detenta en este caso un sentido más amplio, constituyendo una referencia a “*la reincidencia en su sentido natural*”³², lo que sólo permite que los antecedentes prontuarios del adolescente (que no es igual a agravante de reincidencia) pueden ser considerados en un nuevo proceso penal para diversos fines y efectos que dependen del contenido de la reglamentación sustantiva (penal o procesal). Con ello el uso de la expresión *reincidencia* en este caso en particular no constituye un antecedente que por sí solo permita concluir o apoyar una interpretación que sostenga la consideración de la agravante de reincidencia en estos casos.

4. ¿Es aplicable la agravante de reincidencia en el sistema de determinación de la pena de adolescentes?

4.1 Aplicación de la regla subsidiaria contenida en el art. 1º de la Ley 20.084

Hemos ya señalado que no existen reglas específicas en la Ley 20.084 que determinen cuáles de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal previstas en la legislación penal en general son aplicables en el régimen de adolescentes. Dicha constatación motiva la aplicabilidad de lo dispuesto en el inciso segundo del art. 1º de la Ley 20.084 que dispone que:

“En lo no previsto [] serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales.”

³² FUENZALIDA, p. 313.

Dicho texto pareciera dejar la impresión de que las definiciones adoptadas por el legislador en los números 14 a 16 del art. 12 del Código Penal resultan aplicables en el régimen penal de adolescentes en cuanto quedarían cubiertas por el supuesto que habilita a la subsidiariedad o supletoriedad del régimen penal común o general. No obstante hemos ya advertido que la remisión subsidiaria o supletoria consagrada en dicha disposición carece de un carácter automático. Así se ha sostenido en la doctrina ampliamente dominante en nuestro medio³³, en un criterio que resulta ratificado sostenidamente en los pronunciamientos recientes de la Corte Suprema³⁴. Así en causa rol 4760-12 sostiene la Corte que

“la Ley N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente, inequívocamente estableció un subsistema penal especial en favor de los adolescentes infractores de ley completamente distinto del régimen normativo anterior, el que como único elemento distintivo del estatuto de los adultos prevenía un castigo de prisión disminuido (...) Se dispone, entonces, de normas penales especiales que sólo son aplicables a los jóvenes porque los medios punitivos y toda la actividad estatal ante el ilícito tienen en cuenta que ha de ejecutarse sin desatender el interés superior del niño, esto es -brevemente- sin afectar el desarrollo del menor. Lo anterior es directa consecuencia de haberse aceptado que los destinatarios de unas y otras normas, los adolescentes y los adultos, son distintos (...) Que, consecuentemente, ha de aceptarse que estas últimas reglas conforman el subsistema penal aplicable a los adolescentes, que tienen el carácter de especiales, y que las comunes han de entenderse como de aplicación subsidiaria”³⁵.

En virtud de dicho razonamiento sostiene la Corte

“que la Ley N° 19.970 (...) no es aplicable a los adolescentes, no obstante que su texto no distingue entre adultos y adolescentes”³⁶, teniendo en cuenta que “en este contexto normativo, no tiene cabida esta sujeción a la autoridad justificada por la sola circunstancia de la sentencia condenatoria, porque para un adolescente, no obstante los resguardos legales, no es intrascendente su inclusión para

³³ Por todos, COUSO SALAS, 2012, *passim*. HERNÁNDEZ BASUALTO, pp. 196 y ss.; MALDONADO FUENTES, *Fundamentación*, 2011, pp. 523 y ss.

³⁴ Así, en los pronunciamientos emitidos en las causas sindicadas con los roles 2995-12; 5012-12; 5236-12, además de la número 4760-12 a la que aludiremos en el texto, todas de la misma Corte Suprema.

³⁵ Extractos de los considerandos duodécimo a decimocuarto. Conviene destacar que la expresión “*subsidiaria*” es ocupada en este considerando en relación al subsistema especial de adolescentes, reconociendo con ello en forma expresa el que no basta el nivel formal del texto normativo para determinar cuándo una norma de la legislación penal común debe o puede ser aplicada a la responsabilidad penal de los adolescentes.

³⁶ Considerando decimoquinto.

toda la vida en un registro de este tipo porque con ello se le mantiene entre infractores, en circunstancias que en este subsistema el fin de la pena es la reinserción social del menor y toda acción del Estado que no tienda a este objetivo ciertamente lo contraría." Considera, además, que la inclusión del adolescente en el registro de huellas genéticas "viene a ser una especie de pena accesoria, con la grave circunstancia adicional de que ella le perseguirá de por vida (...) de forma que "producirá efectos no sólo cuando mantenga dicha calidad [en cuanto adolescente] sino que incluso cuando alcance la mayoría de edad, hay que concluir que se trata de una medida que se encuentra al margen de los principios inspiradores de la Ley N° 20.084, relativa a la Responsabilidad Penal de los Adolescentes."³⁷

Finalmente, concluye que

"todo lo anterior deriva en que la decisión de extender al adolescente K. R. V. C., luego de haber sido sentenciado, la obligación de tomarle muestras biológicas para ser incorporadas al registro respectivo, importa una afectación de sus derechos de adolescente, toda vez que como ha quedado demostrado se le está imponiendo algo que sólo es exigible respecto de los adultos y que, además, perturba su reinserción futura, lo que evidencia que en el proceder del recurrido se han vulnerado expresas normas contenidas en una Convención Internacional y en las leyes aplicables al caso"³⁸.

Parece claro que para determinar la aplicabilidad de las normas penales generales debe primero verificarse la naturaleza y efectos de las respectivas instituciones jurídicas acorde a las definiciones adoptadas en el modelo previsto para el tratamiento penal de los adolescentes. Ello también supone verificar la aplicabilidad de dichos supuestos y efectos acorde a las características definitorias de la adolescencia, en la medida en que inciden en su operatividad práctica y en la definición de las bases de la especialidad del modelo³⁹. Se trata de verificar la compatibilidad y coherencia que puede predicarse entre los fundamentos de la respectiva disposición y dichos contenidos (definitorios del *modelo especial en general y del destinatario en particular*) en cuanto dicho expediente permite verificar si los objetivos pretendidos con su

³⁷ Considerando decimosexto.

³⁸ Considerando vigésimo.

³⁹ De ahí que una eventual inaplicabilidad de dichas reglas pueda provenir tanto de su incompatibilidad con los caracteres del modelo penal (que constituye un subsistema especial) como de aquella que se pueda predicar de las presupuestos o efectos de las respectivas disposiciones en relación a condiciones personales prototípicas del adolescente. En este caso se encontraría, por ejemplo, la aplicación de la teoría del error en relación a la valoración del contenido de ilicitud del hecho o el contenido de la denominada adecuación social, al respecto vid. HERNÁNDEZ BASUALTO, pp. 206 y ss.

consagración en el régimen general se cumplen, se pueden cumplir y, en su caso, el que sean *replicables* en el modelo dirigido a adolescentes⁴⁰.

Se trata de una tarea que en términos de HERNÁNDEZ B. deviene en forzosa para el intérprete a partir de exigencias de rango constitucional⁴¹, y que resulta plenamente aplicable al régimen de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal⁴².

Las características generales de la especialidad del modelo y la orientación de sus fines gozan de un tratamiento distendido en nuestro medio⁴³. Se basan, por lo demás, en una conocida doctrina (“*de la protección integral de los derechos del niño*”) cuyos pilares radican en un conjunto de instrumentos cuya aplicabilidad se encuentra reglada en nuestro medio a través de lo dispuestos en el inciso segundo del art. 2° de la Ley 20.084⁴⁴. De ahí que sólo nos concentraremos en destacar los siguientes contenidos que parecen relevantes a los efectos de nuestro objetivo:

- a) El modelo previsto en la Ley 20.084 se define como un modelo de justicia especial, basado en el reconocimiento de la autonomía y de las diferencias presentes en el menor edad. Las premisas que lo sostienen son las siguientes:
 - i. Su primer presupuesto emana de la legítima pretensión de hacer efectiva la responsabilidad en que incurrir los menores de edad en caso que cometan delitos y, con ello, la posibilidad de aplicar consecuencias sancionatorias restrictivas de derechos sobre dicha base. Dicha premisa se basa en el reconocimiento (ma-

⁴⁰ El sustento normativo de esta construcción emana de lo dispuesto en el art. 10 N°2 del Código Penal. dicha disposición excluye de forma absoluta la aplicación del régimen previsto en el Código Penal respecto de los menores de 18 años, de donde se colige el que ninguna de las disposiciones que lo conformen resultan *per se* aplicables en el subsistema especial. Su aplicabilidad emana del reenvío que establece el ya mencionado inciso final del art. 1° de la Ley 20.084, lo que obliga a dar lectura a dichas disposiciones desde el punto de vista que es propio a dicho cuerpo especial.

⁴¹ HERNÁNDEZ, p. 198.

⁴² HERNÁNDEZ, pp. 214 y ss.

⁴³ Vid. la síntesis expuesta en COUSO SALAS, 2012, p. 151, nota 3.

⁴⁴ La fuente principal se ubica en los artículos 37 y 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), especialmente en el art. 39. Sin embargo debe además considerarse el contenido de las Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores (Beijing) (1985), arts. 2 inc. 2°, 5.1, 6.1, 7.1 a) y 18.1; de las Reglas mínimas para la protección de menores privados de libertad (1990) y de las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Riad) (1990). Al respecto se debe tener en cuenta que la propia Corte Suprema reconoce la plena aplicabilidad de los criterios que informan el modelo en base a lo dispuesto en el art. 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a partir de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 20.084, lo que califica como un “*reconocimiento legal*” de dichos instrumentos (*Considerando Duodécimo*, causa rol 4760-12 de la Corte Suprema).

terial y normativo) de la capacidad de autodeterminación que dichos individuos detentan en forma natural⁴⁵.

- ii. Resulta indispensable, sin embargo, complementar dicho presupuesto con el reconocimiento de que dicha responsabilidad es necesariamente diversa a la que es posible afirmar a partir del comportamiento de un adulto, en tanto la caracterización de la personalidad de un adolescente es esencialmente diversa a la de aquél, con particular reflejo en ámbitos que inciden directamente en la forma como opera el sistema de control penal: en cuanto atraviesa por una etapa de desarrollo progresivo, cuyos caracteres inciden directamente en la forma como ellos procesan y reaccionan frente a las herramientas de que se sirve el derecho penal (normativas y materiales), se deben adaptar los contenidos y finalidades del sistema penal en forma coherente a dichas características.
 - iii. Ambos componentes dan forma al contenido de su responsabilidad especial, constituyendo referentes indispensables de tener en cuenta a la hora de definir los caracteres del modelo de intervención correspondiente⁴⁶. Su omisión (de cualquiera) constituye por ello un déficit que llega a ser catalogado como una infracción de los derechos propios de los menores de edad⁴⁷. Asimismo, anticipa una intervención ineficaz, en la medida que el medio escogido para intervenir se muestra inidóneo para alcanzar los objetivos que pretende.
- b) A partir de esas bases los fines pretendidos por el legislador a través de la intervención penal adquieren una fisonomía particular, reflejándose en contenidos precisos que, en nuestro caso, reciben consagración positiva. Prueba de ello es:

⁴⁵ En efecto, al reconocer la titularidad de derechos subjetivos y la presencia de niveles importantes de ejercicio autónomo de los mismos, se asume la posibilidad de extraer consecuencias derivadas de la administración de dicha autonomía, incluyendo entre ellas, como base o fuente primaria, la responsabilidad que deriva de su ejercicio individual. Al ser posible afirmar dicha responsabilidad se hace posible, a la vez, extraer de ella consecuencias. De ahí que sea una consecuencia irrenunciable del reconocimiento que se hace respecto del menor de edad del carácter de ser titular y sujeto de derechos en propiedad.

⁴⁶ Al respecto, BERRÍOS D., pp. 169 y ss.

⁴⁷ No está de más recordar que todos los instrumentos internacionales que dan forma a esta doctrina conforman un estatuto o corpus que pasa a integrar el contenido del art. 19 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) conforme al criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fallos Villagrán Morales, conocido como <niños de la calle> (Guatemala), 1999; Walter Bulacio (Argentina) e Instituto de reeducación del menor 'Panchito López' (Paraguay), y en la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana: "*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*" (2002), instrumento interpretativo de validez general. Bajo estas premisas la competencia de los órganos del Pacto no parece discutirse. Al respecto Vid. DUCE J., pp. 77 y ss.

- i. Que las consecuencias de la responsabilidad penal de los adolescentes son cualitativa y cuantitativamente distintas a las previstas para los adultos (previstas en los arts. 6 y 7 de la Ley 20.084 respecto de las contempladas en el art. 21 del Código Penal)⁴⁸;
- ii. Que se dispone de un mecanismo de determinación de dichas consecuencias igualmente diverso, que concede mayores espacios a la individualización judicial⁴⁹, en atención a la mayor variabilidad de significados que propone el delito cometido por adolescentes;
- iii. El que dicho procedimiento se encuentra regido por objetivos precisos, también diversos al del régimen de adultos, fijados positivamente en el art. 20 de la Ley 20.084 en los siguientes términos: *“Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.”*

Dos son entonces los objetivos a los que apunta el legislador (la responsabilidad por el acto propio –comúnmente asociada a objetivos retributivos, culpabilísticos o preventivo generales- y la integración social –referida a prevención especial-), cuya sistematización y síntesis se demanda del sentenciador en cada caso particular en que deba resolver una condena. El desafío consiste en la necesidad de compatibilizar el que se trata de sujetos en formación (esto es, en plena consolidación de las definiciones propias de su personalidad y de sus habilidades de relación e interacción) con el contenido de autonomía que les debe ser reconocido en términos igualmente propios. Dicha síntesis apunta a precisar una pena ajustada a las necesidades sancionatorias (o de “responsabilización”), de la que se esperan efectos pedagógicos propios, que debe integrarse en un contexto que favorezca la inserción⁵⁰.

Esta precisión permite reforzar en el contenido material de las sanciones dirigidas a adolescentes todo tipo de nociones relativas a la auto-responsabilidad, asunción de deberes, aceptación de los mismos, ética de la responsabilidad, etc., todo ello a partir de valoraciones centradas en la conciencia del daño individual y social aso-

⁴⁸ Vid. al respecto, MEDINA SCHULZ, p. 212, quien integra dicho contenido con el tratamiento de la individualización.

⁴⁹ En este sentido HORVITZ L., p. 102; NÚÑEZ / VERA, p. 180.

⁵⁰ No es por ello sólo a partir del contenido de la pena que esperamos efectos asociados a la inserción del adolescente, sino que es ésta la que debe procurarlos (y justificarlos) a partir de un contexto más amplio en el que se integra. Se podrá apreciar que dicha noción (reitero, regulada en términos positivos y con ello imperativa) constituye una modalidad diversa a la forma de comprensión tradicional de la lógica de la inserción social. De ahí que, por ejemplo, no sea posible sostener la necesidad de alcanzar efectos preventivo especiales o disuasivos a partir de una simple extensión cualitativa o cuantitativa de la pena, pues dicho razonamiento no da cuenta del mandato legal.

ciado al delito⁵¹. Permite asimismo suprimir pretensiones de inculcación coactiva de conceptos o formas de vida, en todo lo que vaya más allá de una oferta, definida en términos equivalentes a como se desarrolla en medio libre, en condiciones de normalidad. Finalmente, posibilita trabajar las instancias asociadas a reinserción (presentes o ausentes en el condenado) a partir de su adhesión⁵².

Dichos objetivos se deben evaluar en conjunto de forma integrada conforme los antecedentes que aportan los criterios y elementos dispuestos por el legislador en el art. 24 de la Ley 20.084, debiendo el sentenciador dar cuenta del razonamiento que justifica, a dichos efectos, su utilización⁵³.

4.2 La cuestión central: aplicabilidad de la agravante de reincidencia en relación al “modelo”

Dicho esto, parece evidente la necesidad de cuestionar la aplicabilidad de la agravante de reincidencia en el régimen penal de adolescentes. Debemos a estos efectos reiterar –aunque suene majadero– que el análisis que se demanda apunta en exclusiva a evaluar la compatibilidad de los efectos asociados a dicha circunstancia en particular con el subsistema previsto en la Ley 20.084, sin que ello implique hacerse cargo, a nivel general, de otros contenidos afines (como el tratamiento que debe darse a la reiteración delictiva o a los demás casos donde exista recaída –más no reincidencia legal). La tarea consiste entonces en precisar *si tiene sentido predicar las razones te-*

⁵¹ Para CILLERO BRUÑOL, p. 22, dichos contenidos operan en términos limitativos, en cuanto nunca pueden servir para fundar la imposición de la pena. Sintéticamente, debemos agregar que sostiene su tesis en la eventualidad de que dicho expediente lleve a excesos *paternalistas*.

⁵² Lo dicho no implica que no existan instancias o contenidos obligatorios en el modelo de intervención. Estas provienen del régimen formal de administración de las respectivas sanciones (régimen diario, orden y control) y de las diversas fuentes que inciden en dinámicas obligatorias para los menores de edad (como el régimen de educación formal). De esta forma el que existan escuelas al interior de los *recintos penales* no es más que una consecuencia del derecho/deber que les asiste respecto de la educación, y no una consecuencia propia del régimen que impone la pena. Lo impropio sería que el régimen penal les impidiera satisfacer dicha instancia de inserción. A estos último apunta la referencia expresa del texto legal. Elocuente son, al respecto, los siguientes términos de COUSO, “Principio educativo”, p. 65: “(...) en la cuestión de la pena preventivo-especial el problema constitucional que afecta a los menores de edad no tiene nada que ver con el derecho a la educación sino con el derecho a la autonomía moral, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (...) la cuestión del consentimiento del adolescente en el tratamiento (re)educador o (re) socializador se vuelve una exigencia fundamental, tal como lo es para el condenado adulto”, con cita de referencia a Roxin.

⁵³ También se debe utilizar un procedimiento similar a la hora de resolver la aplicación copulativa de sanciones, según detalla el propio texto del art. 25 de la Ley 20.084 en cuanto indica que dicha opción se debe justificar en base al “*mejor cumplimiento o satisfacción*” de dichos objetivos. En el mismo sentido HORVITZ L., p. 101.

nidas en mente por el legislador al regular la circunstancia agravante de reincidencia y sus *efectos* en dicho modelo.

Con respecto al fundamento que subyace a la agravante de reincidencia no parece posible sostener que el significado atribuido a su presupuesto se pueda replicar en términos equivalentes respecto del comportamiento de los adolescentes. Debemos tener en cuenta que el legislador ha seleccionado estos casos por considerar que en ellos se evidencia una animosidad o un móvil asociado a *contumacia*⁵⁴, “*rebel-día*” o “*desprecio por el derecho*”⁵⁵ o por “*el significado de la condena*”⁵⁶ -naciones que antiguamente se asociaban a una mayor *perversidad moral en el infractor*⁵⁷-, cuya concurrencia aporta un antecedente que hace (o haría) más grave lo injusto o (según se prefiera) la culpabilidad del infractor. Se trata en efecto de un contenido adicional en relación a aquellos que han sido valorados en el delito y que precisamente por ello traen aparejado un efecto incremental o agravatorio.

*Si bien nuestra doctrina ha identificado también otros contenidos materiales como fundamentos potenciales de la agravante de reincidencia (en particular, la peligrosidad y, sobre todo, el fracaso disuasivo de la condena precedente)*⁵⁸, se trata de alternativas que carecen de aplicabilidad por naturaleza o por razones de texto legal. La construcción clásica (el fracaso del efecto disuasivo atribuido a la condena impuesta), que ocupó un lugar predominante en nuestro medio en forma histórica desde las justificaciones propuestas por FUENZALIDA⁵⁹, ha perdido hoy en día cualquier sustento material, en atención a que la Ley 20.253 ha eliminado la exigencia de cumplimiento efectivo de las condenas precedentes que precisamente permitía darle asidero conforme a nuestro derecho positivo. Dicha contundente conclusión (destacada en el único texto posterior a dicha modificación⁶⁰) se acompaña además por argumentos de fondo que ponen de relieve la inutilidad de pretender utilizar reforzadamente una herramienta (la pena,

⁵⁴ NÚÑEZ / VERA, p. 191.

⁵⁵ ETCHEBERRY, T.II., p. 34. En el mismo sentido, MERA FIGUEROA en COUSO / HERNÁNDEZ, p. 345.

⁵⁶ Da cuenta de ello, en cita al Mir Puig, KUNSEMÜLLER L., p. 64. Lo cita como fundamento del clásico Carrara, NOVOA MONREAL, T.II., p. 73.

⁵⁷ Da cuenta de ello, en cita a Rossi, KUNSEMÜLLER L., p. 64.

⁵⁸ Al respecto Vid. MERA FIGUEROA en COUSO / HERNÁNDEZ, p. 345; CRUZ MÁRQUEZ, p.125.

⁵⁹ Al respecto Vid. CURY URZÚA -con base en CARRARA- (p. 506.) ratifica que la actual regulación es tributaria de dicha concepción (a pesar de que cabe la reincidencia impropia y la genérica, lo que justifica en p. 508); ETCHEBERRY, T.II., p. 30; GARRIDO MONTT, T.I, pp. 207 y 208; KUNSEMÜLLER -citando a FUENZALIDA- en KUNSEMÜLLER L., en POLITOFF / ORTIZ, p. 213. También antes en KUNSEMÜLLER L., p. 64; MERA FIGUEROA en COUSO / HERNÁNDEZ, p. 345; POLITOFF / MATUS / RAMIREZ, p. 516.

⁶⁰ Expresamente, en ese sentido, MERA FIGUEROA en COUSO / HERNÁNDEZ, p. 345.

incrementada) que demostró concretamente su ineficacia⁶¹. Por su parte, la mera referencia a la peligrosidad ha sido contundentemente rechazada a dichos efectos (más allá que se la identifique tras el presupuesto de la repetición delictiva que da forma a la recaída)⁶². Para ello se ha tenido en cuenta que los elementos constitutivos de las respectivas causales de reincidencia no permiten siempre afirmar su concurrencia (que operaría en forma objetiva, aun y cuando dicho pronóstico no sea sustentable) de forma que necesariamente ha debido ser otro el elemento concurrente tenido en mente por el legislador⁶³. No se trata de desconocer que tras la recaída y la reiteración (en general) sea posible sostener un diagnóstico o pronóstico de peligrosidad (de hecho, así se hace) sino de estimar que dicha lectura del dato de la recaída lleva más bien a la asignación de efectos diversos, sea que se encuentren referidos al ámbito de las medidas de seguridad o, en su caso, al tratamiento de la habitualidad delictiva. Por lo demás, parece claro que también en las hipótesis de concurso real de delitos concurre este mismo supuesto (la reiteración de delitos) lo que obligaría a sostener en ellos, igualmente, el pronóstico de peligrosidad y sus efectos (en este caso, el aumento de la pena). Sin embargo, el efecto jurídico asociado es a veces nulo (en los casos regulados a través del art. 74 del Código Penal) o se traduce en una reducción del margen de alicividad global de la condena (cuando se trata de ilícitos de naturaleza similar regulados a través del art. 351 del Código Procesal Penal). De ahí que el fundamento de la agravante deba buscarse (forzosamente) en el dato que aporta la condena previa y no en la mera reiteración o repetición de delitos.

No obstante sucede que la recaída no detenta un significado similar en el caso de los adolescentes en términos que permitan atribuirle un carácter circunstancial o autónomo como manifestación diversa a la expresada en el propio delito⁶⁴. Se trata más bien de un contenido que subyace y precede a la propia decisión de delinquir, presente en buena medida (en común) en todos los delitos, sin que pueda predi-

⁶¹ A este respecto Cury destaca que “el fracaso de la primera pena induce a sospechar no que ella pueda haber sido insuficiente, sino que acaso por su naturaleza sea inidónea para lograr la resocialización del reconvicto. En este último caso, lo aconsejable no es exasperarla, sino sustituirla por otro género de medida más eficaz para tales circunstancias”. CURY URZÚA, p. 506. Lo ratifica asimismo más adelante p. 507.

⁶² En este sentido GARRIDO MONTT, T.I, pp. 207 y 208; NOVOA MONREAL, T.II., pp. 74 y ss. Da cuenta de ello, en cita al positivismo, KUNSEMÜLLER L., p. 64.

⁶³ En este sentido CURY URZÚA, pp. 506 y 507; GARRIDO MONTT, T.I, p. 208.

⁶⁴ FREEDMAN destaca concretamente que dicha etapa puede producir sintomatología que es coincidente con patrones que en la vida adulta son considerados como evidencias propiamente patológicas (como sería la reiteración recaída en el delito) lo que confirma que detentan un significado diverso. En el sentido afirmado en el texto, CRUZ MÁRQUEZ, p. 130.

carse un contenido diferencial que lo vincule en exclusiva a la recaída y que ofrezca como resultado un “*incremento*” de lo *injusto* o de la *culpabilidad*⁶⁵.

A este respecto debemos tener en cuenta que es usual que los adolescentes muestren una actitud retraída (lo que incide en una gran dificultad para la adaptación social) y que a la vez se manifiesten inconformistas⁶⁶, pero también el que se muestren obstinados, y presenten conductas desviadas, desadaptadas (socialmente)⁶⁷ o, lisa y llanamente, marginales, que constituyen expresiones concretas de una actitud rebelde o de “*desafío a la autoridad*”⁶⁸. Se trata de manifestaciones motivadas en la necesidad de reafirmar los caracteres de su propia individualidad⁶⁹.

Estos dos elementos (el signo externo y la finalidad intrínseca que cumple) son precisamente características connaturales a esta etapa de la vida que permiten explicar por qué se detecta una mayor prevalencia de comportamientos disociales (incluyendo los delictivos) durante la adolescencia⁷⁰. Constituyen de hecho una muestra característica de su comportamiento habitual que detenta un carácter episódico, en cuanto desaparece (normal y naturalmente) en la medida que se alcanza la vida adulta⁷¹.

Lo más importante, se trata de un efecto estrechamente ligado al desarrollo y afirmación de las bases de su moral individual⁷². Hasta este momento el adolescente asimila la moral y los deberes asociados a la misma con la mera obediencia: el bien está definido por el respeto institucional a las definiciones adoptadas. De ahí que identifique “*el bien*” o “*lo correcto*” con la regla (antes, en la niñez, con la propia

⁶⁵ COLAS TUREGANO, p. 115.

⁶⁶ La incomprensión de la adolescencia está estrechamente ligada a la ausencia de signos visibles del proceso de integración del niño a la sociedad adulta, lo que es propio de sociedades más tecnologizadas. Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, pp. 145 y 146. De ahí que este mismo concepto se defina básicamente por condicionantes históricas y culturales. En efecto, el adolescente es un individuo biológicamente adulto a quien sociológicamente no se le considera como tal. Se aprecia gráficamente al apreciar sus capacidades de desenvolvimiento en materia de ejercicio de la sexualidad (Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, pp. 141 y 142). Se trata, a fin de cuentas, de un aplazamiento sociocultural de condiciones biológicas que ya están definidas en la pubertad.

⁶⁷ Sobre dicha noción vid. GARAIGORDOBIL, pp. 198 y ss.

⁶⁸ A nivel general Vid. Informe CESC, p. 17.

⁶⁹ VERGARA, p. 2.

⁷⁰ La mayor prevalencia detectada en esta franja etárea supera los índices que naturalmente se presentan en la infancia y en la pubertad, pero también en la de la vida adulta.

⁷¹ Como indica TIFFER (p. 546) “*diversas investigaciones empíricas sobre la evolución de la criminalidad juvenil desde el punto de vista de su posible continuidad a lo largo de toda la vida del individuo han mostrado con claridad que, incluso en el caso de los denominados delincuentes múltiples o intensivos, la conducta punible sigue siendo más bien un <episodio>, y desaparece con el paso a la edad adulta*”.

⁷² COLEMAN J.C. / HENDRY. pp. 54 y ss.

autoridad que la dicta⁷³) y comprenda la sanción como una consecuencia asociada a la responsabilidad objetiva (carece de referentes de atribución subjetiva)⁷⁴. El desarrollo de la perspectiva crítica y la reflexión generan en esta etapa la necesidad de verificación de la adecuación “de” la regla⁷⁵ (y no sólo de la adecuación de los comportamientos a su contenido) fruto de lo cual adopta las normas y los valores que transmiten por adhesión, en base a su contenido intrínseco⁷⁶, y no por su carácter imperativo o por su asociación con la autoridad que la emite. De ahí que naturalmente sea habitual un comportamiento que en forma permanente cuestiona los signos de autoridad, la correspondencia de la ley (de las normas en general) a sus fundamentos y, además, el que tengan una fuente legítima. La idea es reforzar la *propia identidad* como ente autónomo generador y potencialmente incidente en dichas decisiones⁷⁷.

En tal sentido dichos comportamientos (y la tendencia a su desarrollo constante) constituyen una expresión práctica del proceso de aprendizaje que es propio de la adolescencia (referido a la asunción de su posición autónoma en la sociedad) y que se desarrolla naturalmente en base a experiencias de ensayo y error “*en un periodo en que la identificación dubitativa del adolescente [con su identidad] le autoriza precisamente a efectuar estas diversas tentativas*”⁷⁸. De ahí que sea “*habitual que*

⁷³ Asimismo SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 150, con cita a Rawls.

⁷⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 147.

⁷⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 149.

⁷⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 151.

⁷⁷ Este efecto también explica la relación (prototípica) que desarrolla con el grupo de pares (de mayor cercanía o *complicidad*) –como demuestra VÁSQUEZ GONZÁLEZ, p. 136- y con su entorno familiar donde suele desarrollar una interacción habitualmente definida en términos críticos (VERGARA, p. 2). Lo relevante de entender es que se trata de una estructura que simboliza el conjunto de pautas o patrones estandarizados, impuestos por “*terceros*”, de los que hay que apartarse en cuanto desafían o constriñen el proceso de búsqueda personal y la propia afirmación de la individualidad.

⁷⁸ En el plano psicológico la adolescencia se caracteriza por un vertiginoso proceso de aceleramiento del desarrollo cognitivo, principalmente marcado por la comprensión del significado de la lógica abstracta, la conceptualización y su incidencia en el papel del razonamiento como facultad individual (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 143). Se trata de un contenido plenamente relevante que naturalmente lo lleva a interesarse por significados que trascienden a su posición individual frente a otros (sentido de la vida, realidades sociales, etc.) lo que incide en necesidades asociadas al fortalecimiento de su identidad (ve la necesidad de “*tomar postura*” –como indican COLEMAN J.C. / HENDRY, p. 51- y que incide en la necesidad de adopción de definiciones *morales* individuales (de donde emana la natural *reacción de rebeldía*). Ello se suma a un proceso más complejo y determinante en la formulación de la propia personalidad (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 142), marcado por el descubrimiento del “yo” y, con ello, el realce de su individualidad. Necesita definir y delimitar su propia identidad (precisar lo que lo asemeja y aquello que lo diferencia de los otros) lo que incide sensiblemente en los caracteres que adquiere su relación con los demás y, en

comportamientos antisociales e incluso delictivos se correspondan con una conducta normal del niño y adolescente, formando parte del proceso de crecimiento, aprendizaje y desarrollo social de los mismos."⁷⁹. La recaída en el delito constituye en estos casos una expresión de rebeldía, desafío o desprecio por las reglas y por la autoridad, que se identifica con dicho proceso propio de la adolescencia.

Para evitar equívocos conviene dejar constancia de que lo dicho no permite concluir la imposibilidad de fundar una atribución por dichos comportamientos, con base en la idea de que el *comportamiento desviado* constituye una "*expresión natural*" de la adolescencia. Al contrario, dicho proceso requiere de la *identificación* (formalizada) *del hecho de que constituye una manifestación errónea de la autonomía* y de la asunción auto-responsable de las consecuencias que de ello derivan para que dicha experiencia contribuya efectivamente al desarrollo de la propia individualidad y al proceso de socialización⁸⁰. Es por ello indispensable la *guía* que ofrece la *respuesta* que amerita dicho comportamiento⁸¹ y el que ésta se funde —expresamente— en la propia responsabilidad individual (en cuanto manifestación indiscutida de su propia autonomía)⁸².

Ya hemos visto que la incidencia de las particulares condiciones del adolescente en este plano se ha tenido en cuenta a la hora de prever una modalidad especial de reacción, diversa en todo sentido respecto de la que amerita la atribución en base a la responsabilidad que es propia de la adultez. Dicha definición no apunta

particular, con los entornos estructurados o institucionales que lo rodean, aquellos que inciden en sus decisiones y que hasta hace poco las determinaban en forma heterónoma.

⁷⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 152. La adolescencia constituye un periodo de experimentación y aprendizaje, motivado en el proceso de enfrentamiento al ejercicio de la autonomía individual y moral que es propio del paso e incorporación a la vida adulta. Los efectos de esta transición son múltiples, vertiginosos, y afectan al plano físico, psicológico y con ello el relacional. En este sentido COLEMAN J.C. / HENDRY, p. 44; VERGARA, p. 1; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 141. A este respecto hay que tener en cuenta que los procesos biológicos, psicológicos y sociales varían y lo hacen de manera no uniforme. Ello hace que un cambio físico, por ejemplo, incida en los demás ámbitos en forma negativa (por su falta de sincronización), con particulares efectos en el plano psicológico (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 146).

⁸⁰ De ahí el error de base que afecta al planteamiento tutelar o paternalista que supone la irresponsabilidad de todos los menores de edad.

⁸¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, p. 152.

⁸² Lo dicho se ratifica en el modelo previsto en la Ley 20.084, en cuanto se basa en una comprensión de la respuesta penal fundada en la responsabilidad individual. Lo ratifica la finalidad asignada (con texto positivo) a la propia sanción, tanto en cuanto constituye una instancia de socialización como por el hecho de que a través de ella se debe "*hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan*" (art. 20 de la Ley 20.084). Se confirma asimismo en la necesidad de considerar en la individualización de la pena la idoneidad de la sanción aplicable para "*fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas*", proceso de clara connotación subjetiva, interna e individual.

simplemente a la previsión de una reacción más breve, reducida o menos extensa respecto de la prevista para los adultos, sino de una cualitativamente diversa, definida en atención a que los caracteres del receptor (adolescente) lo ameritan para la consecución de sus fines (que también, y por las mismas razones, son diversos).

El punto es que, en dichas condiciones, no parece posible independizar el dato de la rebeldía de la valoración que expresa la propia comisión del delito o, en su caso, llegar a atribuirle un efecto particular diverso y adicional, lo que impide consignarlo como una *circunstancia* del mismo o asignarle efectos en tal carácter.

Debemos tener en cuenta además que, de forma excepcional, también resulta posible sostener que dicho significado, móvil o expresión puede no concurrir en un caso en particular. Así se sostiene respecto de los llamados casos de multioccasionalidad o en la recaída motivada por razones pasionales, la referida a delitos imprudentes, etc. La constatación de dicho supuesto no conduce sin embargo a un resultado diverso pues la aplicabilidad de la circunstancia deberá entonces ser desechada por un déficit asociado al contenido material que la justifica. En efecto, si bien hemos ya detallado que la concurrencia de los presupuestos de una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal deviene en efectos imperativos, no se trata de una regla que permita llegar a justificar su aplicación en aquellos casos en que no cuenten con un respaldo de base material, asociado al fundamento que les da sentido. En síntesis, no es posible en dichos casos sostener el efecto agravatorio o atenuatorio correspondiente en la medida en que no concurre la razón que lo justifica. Así se sustenta y acepta en nuestro medio con total uniformidad respecto del empleo de veneno en el homicidio calificado⁸³, en la alevosía⁸⁴, en la nocturnidad⁸⁵, etc.⁸⁶

Ahora bien, tampoco el campo de los efectos asociados a dichas hipótesis parece aportar en sentido contrario pues el imperativo consistente en un incremento en el rigor penal no parece constituir una modalidad reactiva compatible con los objetivos que se persiguen con la sanción penal y en particular con el sentido que detenta la recaída.

El mero incremento cuantitativo del rigor penal apunta a un proceso de adhesión formal o externa a los imperativos del derecho: reprimir la “mayor” rebeldía de cara

⁸³ Por todos, POLITOFF /MATUS /RAMÍREZ, T.II, pp. 62 y ss.

⁸⁴ Por todos, CURY URZÚA, pp. 517 y 518.

⁸⁵ Por todos, CURY URZÚA, p. 538.

⁸⁶ Lo dicho no es más que una exigencia del principio de lesividad respecto de las agravantes. En efecto, su aplicación deberá estar respaldada por un incremento en el contenido de injusto del hecho (sea referido al resultado o al desvalor de la conducta) o de la culpabilidad. Para quienes sostienen la aplicación de efectos preventivos en la determinación de la pena deberá ser reflejo del respectivo pronóstico.

a la disuasión futura. Resulta en ello completamente irrelevante el que la pena llegue a cumplir funciones asociadas a lograr una adhesión interna a los bienes, valores o intereses que protege la norma o a fortalecer su imperio como forma única de orden social. En el adolescente dicho efecto es limitado (si es que no puede ser considerado incluso como nulo) en la medida en que el sentido de la mera *obediencia a la autoridad* es precisamente rechazado en forma natural. Sobre esa base es bastante poco lo que se puede esperar del mismo, con el riesgo adicional de que sus consecuencias puedan llegar a ser contraproducentes, en la medida en que refuerza la perspectiva crítica que *naturalmente* concurre en el adolescente⁸⁷.

De ahí que se sostenga en forma profusa que intervenciones de esta naturaleza (u otras que igualmente omitan dar cuenta de la complejidad del fenómeno) puedan llegar más bien a perpetuar (o, cuando menos, a alargar) un proceso que habitualmente debiese tener carácter transitorio⁸⁸, lo que minimiza las perspectivas preventivo especiales que caracterizan el modelo, resultando además incompatible con los objetivos y finalidades previstas en la ley⁸⁹. A nivel general no contribuye a los objetivos referidos a *responsabilizar* al adolescente *por el hecho* cometido (se trata de supuesto que va más allá de su propia responsabilidad) ni *favorece* su *integración* social (sino al contrario)⁹⁰. A nivel particular tampoco contribuye a “*fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas*”⁹¹.

Hemos ya aclarado que ello no se traduce en una política asociada al *non intervention*, sino en la necesidad de una aproximación más completa y compleja (propia de un fenómeno que se presenta en forma diversa a como se caracteriza naturalmente

⁸⁷ Si lo que se espera es precisamente un efecto inhibitorio o disuasivo a partir de la mayor afflictividad del *dolor penal* los caracteres del adolescente lo entenderán o interpretarán su significado como una manifestación de mera constricción de su propia individualidad, operando en favor de un incremento de la rebeldía. Se refuerza a partir de la natural resistencia a los cambios impuestos en la adolescencia (VÁSQUEZ GONZALEZ, p. 153).

⁸⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, pp. 144 y 145. Hemos ya visto que el comportamiento antisocial o disruptivo que surge en la adolescencia constituye un dato de validez general (abarcando a la amplia mayoría de los casos) que se caracteriza por lo mismo como *transitorio*, en el sentido de que suele no superar dicha etapa de la vida (COLEMAN J.C. / HENDRY (p. 193). Por lo mismo, se trata de una característica que no suele arrojar efectos negativos (VÁSQUEZ GONZALEZ, p. 135; TIFFER, p. 546). Con cita basada en datos empíricos, SANABRIA y URIBE lo ratifican respecto de la amplia mayoría de los jóvenes entre los 12 y 18 años, incluyendo también casos en los que no hay noticia de que hayan delinuido (pp. 206 y 213). BERRÍOS D. (p. 185) lo asocia directamente al dato que aporta la constatación de que las cifras de reincidencia en adolescentes sean mas altas en sanciones privativas de libertad.

⁸⁹ Concretamente se sostiene en forma idéntica en Informe CESC, p. 313.

⁹⁰ Art. 20.

⁹¹ Art. 24 letra f).

en el comportamiento adulto)⁹² que permita extraer de la recaída los contenidos relevantes de considerar a partir de una valoración que integre perspectivas cualitativas. Es indispensable contar con una dinámica en la que se refuercen aproximaciones individualizadas al fenómeno de la recaída, centradas por ello en las características particulares del hecho que sean relevantes de valorar y de su correlato en las características de la sanción⁹³.

En cuanto a los presupuestos parece claro que los potenciales significados asociados a los casos de recaída en el delito, son considerablemente más amplios que la mera constatación de la rebeldía. A la valoración de las particulares características asociadas a un pronóstico de recaída (peligrosidad) o a la caracterización del individuo (habitualidad, profesionalización, etc.) se suma la frecuencia, la naturaleza de los diversos ilícitos (homogéneos, heterogéneos) sus relaciones (asociadas a un sujeto pasivo, a un tipo de escalada nociva, etc.), dando forma a diversos "*patrones de conducta*"⁹⁴.

En cuanto a las modalidades de intervención es claro que la propia ley refuerza una aproximación centrada en una perspectiva individualizada. En este contexto, la efectividad asociada a la intervención (preventiva, particular o especial y de largo o mediano plazo, en adolescentes) debe vincularse a un proceso de asunción de los mandatos que provenga de dinámicas internas que se espera desarrollar en el adolescente, vinculadas a la aceptación de las reglas imperantes en razón de su contenido (fortalecer el respeto por ellos) o, en su caso, como parte de la adhesión (interna) al papel que cumplen como reglas de juego (fundamentales o mínimas) de la convivencia. A ello apunta las denominadas teorías fundadas en la obtención del "*desistimiento*" que en la actualidad ofrecen las perspectivas más optimistas de orientación de los modelos de intervención penal⁹⁵.

En efecto, nadie desconoce que la presencia de un determinado patrón de conducta asociado al delito constituye de hecho un *factor de riesgo*. También lo integra el dato que ofrece el hito simbólico que representa la condena precedente (y, en su caso, el que se puede predicar de la misma ejecución de la condena, si ha llegado a producirse). Sin embargo, y considerando el nexo de dicho componente con el comportamiento propio en la adolescencia, parece atendible centrar la intervención en algo más que en la mera constatación de la "*carrera delictiva*", "*trayectoria*

⁹² Al respecto vid. Informe CESC, pp. 14 y ss. y, en especial, 19.

⁹³ Como indica BERRÍOS D. (p. 186) "*es necesario contextualizar las nuevas infracciones en este proceso. En el desarrollo de futuras investigaciones debieran considerarse estos factores al evaluar el cumplimiento del objetivo de integración social y evitación de la reincidencia.*"

⁹⁴ Como indica BERRÍOS D., p. 186 "*La seriedad y frecuencia de los nuevos delitos no puede ser algo indiferente en su análisis.*"

⁹⁵ Vid. al respecto, CID MOLINÉ / MARTI OLIVÉ, pp. 10 a 31.

criminal” o simplemente en la *reiteración*, para ocuparse más bien de las razones que permitirán interrumpirla, lo que excede el campo de los elementos de juicio que ofrecen dichos presupuestos considerados en forma aislada. Como destaca CRUZ MÁRQUEZ (en cita al estudio de Sampson) “*centrar la atención en la interrupción de la carrera criminal en lugar de en su continuación, permitió comprobar que la pauta general es el desistimiento, que tiene lugar en un determinado momento de la vida de todas las trayectorias señaladas*”⁹⁶.

Lo dicho se apoya además en el hecho de que la delincuencia en la adolescencia es fruto de la interacción de factores personales y ambientales, sin que existan determinantes que permitan identificar variables precisas con carácter o validez general⁹⁷. De ahí que podamos concluir que el dato de la recaída es relevante pero también el que ofrece una información muy *pobre* si se lo considera y valora en exclusiva o de forma aislada. De cara a la satisfacción de los fines pretendidos por el modelo y, en particular, para satisfacer los objetivos asociados a la fijación de las consecuencias concretas que tendrá la responsabilidad penal, se demanda un análisis más completo y en cierta medida complementario, asociado a los caracteres particulares del patrón que evidencie y de los que a este respecto ofrece la perdona del condenado. Todo ello resulta incompatible con la asignación genérica de efectos que no dan cuenta de dicha particularización y con su asociación a fines objetivos de carácter agravatorio vinculados en exclusiva al plano cuantitativo de la reacción (como la agravante en cuestión).

De todo lo dicho se colige el que no hay razones que permitan asignarle un efecto agravatorio en particular *por regla* o uno que permita diferenciar hipótesis específicas de recaída que detenten en exclusiva dicha propiedad (como las propuestas tras las definiciones legales de la reincidencia que ofrece el legislador penal común)⁹⁸. No se trata por ello -al igual a como acontece con la propia posibilidad de responsabilizar al adolescente por su comportamiento desviado- de anular su consideración, sino de constatar que ésta no se encuentra vinculada a las razones que en el régimen de adultos llevan a asignarle el carácter de una circunstancia particular del hecho (adicional a la valoración del mismo) con efectos (imperativos) agravatorios de la responsabilidad.

4.3 Síntesis

En síntesis: La reiteración se muestra en la adolescencia como una manifestación propia de la personalidad, centrada en la rebeldía; en tal calidad, no ofrece crite-

⁹⁶ CRUZ MÁRQUEZ, pp. 135 y ss. En el mismo sentido BERRÍOS D., p. 186.

⁹⁷ Al respecto VÁSQUEZ GONZALEZ, pp. 137 y 141; GARAIGORDOBIL, p. 198.

⁹⁸ COLAS TUREGANO, p. 115.

rios que permitan atribuirle un contenido especial, circunstancial al delito cometido; tampoco ofrece criterios que permitan distinguir determinados casos de otros a priori (en abstracto); la atribución de efectos, por ello, es necesaria, pero es más compleja, siendo insuficiente y contraproducente una lectura de la rebeldía que se traduzca, lisa y llanamente, en una consecuencia incremental del rigor de la pena. Bajo estas premisas, “*la agravante de reincidencia*” (no la consideración y valoración de la recaída) carece totalmente de sentido en un modelo penal orientado a adolescentes, caracterizado conforme a la doctrina de la responsabilidad especial.

4.4 La regla de “*inherencia*” (fundada en el *non bis in idem*)

Finalmente, debemos tener en cuenta que el hecho de que estas consecuencias emanen de caracteres prototípicos de la personalidad de los adolescentes hace que las conclusiones expuestas se refuercen en base a una fuente normativa diversa. A estos efectos quisiéramos destacar que entre las normas contenidas en el “*Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal*” aplicables en la dinámica de determinación de la pena de adolescentes conforme dispone el art. 21 de la Ley 20.084, se incluyen dos disposiciones dirigidas a “*filtrar*” el contenido de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que deben ser objeto de valoración en el proceso de determinación de la pena.

La premisa que las justifica apunta a reconocer que no todas las circunstancias modificatorias de la responsabilidad que objetivamente concurren en los hechos acorde a las reglas generales deben ser objeto de valoración⁹⁹, debiendo excluirse aquellas que sólo deban surtir efectos en determinadas personas en atención a su carácter subjetivo o personal (art. 64) y aquellas cuya consideración conllevaría una vulneración del principio *non bis in idem*, materia que se encuentra tratada por el legislador en el art. 63 del Código Penal¹⁰⁰. Entre estas últimas se incluyen no solo

⁹⁹ SALINERO ALONSO, p. 120.

¹⁰⁰ La regulación propuesta en este caso en particular no da lugar a una cláusula cerrada. Como destacan MATUS / VAN WEEZEL (en POLITOFF / ORTIZ, p. 350) el fundamento de la disposición corresponde a un principio jurídico de carácter general que configura por ello un de criterio interpretativo que demanda aplicación sobre toda la legislación penal. De ahí que la judicatura deba darle aplicación (evitar un *bis in idem*) en todos los casos en que concorra dicho fundamento y no sólo en los casos previstos en el art. 6. En el mismo sentido RUDNICK VIZCARRA, p. 20 y BORJA JIMÉNEZ, p. 179. Sobre el nexo de la regla prevista en esta disposición con el principio *non bis in idem* CARNEVALI / KÄLLMAN, p. 18; COUSO, en COUSO / HERNÁNDEZ, p. 572; MATUS / VAN WEEZEL en POLITOFF / ORTIZ, p. 350; NOVOA MONREAL, T.II., p. 101; POLITOFF / MATUS / RAMIREZ, p. 518; VAN WEEZEL, pp. 466 y ss. En relación al derecho español (relevante por contar con un texto positivo idéntico al nuestro), con abundante cita de respaldo, SALINERO ALONSO, p. 122 y BORJA JIMÉNEZ, pp. 174 y 175, habiendo puesto de relieve antes (p. 171, con cita de referencia) el que constituye una relación obvia y (posteriormente, en p. 178) el que constituye una interpretación uniforme.

aquellas “que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo”, sino también aquellas “de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”.

Concentrándonos en esta última disposición podemos dar cuenta desde ya que, conforme ha resuelto doctrina y jurisprudencia en forma dominante, la denominada reincidencia impropia prevista en la segunda parte del art. 12 N° 14 del Código Penal (cometer el delito después de haber quebrantado la condena) se encuentra precisamente en el primero de los casos mencionados, careciendo por ello de toda aplicación¹⁰¹. Por su parte en el último de dichos casos (referido a la denominada *inherencia tácita*¹⁰²) se ubican no sólo aquellas situaciones en las que la agravante correspondiente está implícita en alguno de los elementos descritos en el tipo penal (cuya constatación emana de un análisis abstracto de la ley, como –paradigmáticamente- ocurre con la alevosía en el infanticidio¹⁰³), sino también aquellas donde las particulares *circunstancias de comisión del hecho* permiten sostener que *no se podría haber ejecutado el delito sin su concurrencia* y también aquellas en las que dicho resultado emana de *cualidades o características personales o actitudes subjetivas del hechor*, en la medida en que concurra en dichos casos la misma razón¹⁰⁴.

Se podrá apreciar que en aquellos casos donde se debe recurrir a un análisis circunstanciado (es decir, en los dos últimos) el argumento centrado en la prohibición de incurrir en un *bis in idem* se acompaña muy de cerca por un motivo asociado a las exigencias que impone el principio de culpabilidad, pues, sea que se trate de

¹⁰¹ Al respecto COUSO, en COUSO /HERNÁNDEZ, pp. 573 y 574 (con cita de casos adicionales al ya mencionado); CURY URZÚA, pp. 508, 509 y 765; ETCHEBERRY, T.II., p. 31; KUNSEMÜLLER L., en POLITOFF / ORTIZ, pp. 209-210; MATUS / VAN WEEZEL en POLITOFF / ORTIZ, p. 351; MERA FIGUEROA, en COUSO / HERNÁNDEZ, pp. 342 y 343. NOVOA MONREAL (T.II., p. 81 y, especialmente, 99) concede (en el último lugar citado) una convincente y lata explicación del problema aludido en el texto, que decanta –razonablemente- en la afirmación de su inutilidad. Con matices, finalmente, también lo sostiene GARRIDO MONTT, T.I, pp. 209 y 210.

¹⁰² CARNEVALI / KÄLLMAN, p. 19. Se diferencian por ello de los casos en que la circunstancia haya sido *expresad[a por el legislador] al describir[] y penar[]* el delito, donde el riesgo de *bis in idem* es evidente. Dicha hipótesis, consideradas en la primera parte de la disposición, dan lugar a la denominada *inherencia expresa*.

¹⁰³ Vid., por todos, CURY URZÚA, p. 766 (y, a nivel más general, en p. 518).

¹⁰⁴ El que la disposición transcrita se refiere a todos los casos mencionados constituye doctrina dominante en nuestro medio. Al respecto COUSO, en COUSO /HERNÁNDEZ, p. 578; MATUS / VAN WEEZEL en POLITOFF / ORTIZ, p. 353. Las (solitarias) opiniones minoritarias se expresan por NOVOA MONREAL (T.II., pp. 100 y 101), quien entiende que la inherencia debe corresponder a un análisis abstracto referido al tipo de delito y no a circunstancias particulares derivadas de la modalidad o forma de comisión escogida por el autor del mismo; y, finalmente, por CURY URZÚA (pp. 766 y 767) quien rechaza la consideración de circunstancias personales en atención a que entiende que ello implicaría negarles cualquier tipo de efectos, haciendo ilusoria su consagración legal.

circunstancias del hecho o más bien personales o motivacionales, se presentarán como condiciones que no resultan *evitables* para el hechor¹⁰⁵. Su exclusión (imperativa para el juez¹⁰⁶) emana en forma precisa de la constatación de que no se puede cometer el delito sin ellas o, si se prefiere, que el autor no puede o no le corresponde evitarlas¹⁰⁷, constituyendo elementos que no pueden serle atribuidos en algo que vaya más allá del reproche por la comisión del delito^{108/109}.

De ahí que la doctrina destaque que el concurso aparente de leyes penales que se regula en estos casos en particular (entre la norma que tipifica el delito y la que regula -y, en ese sentido, tipifica- la circunstancia correspondiente) se resuelve por aplicación del principio de consunción o absorción¹¹⁰, en clara alusión al hecho de que se trata de un contenido que ya se encuentra valorado en el tipo a la hora de sopesar los elementos (principales) del delito.

En el caso de la reincidencia parece claro que quien se encuentra en alguna de las hipótesis previstas en el art. 12 N° 15 o 16 no puede cometer el delito obviando dicha circunstancia¹¹¹. No obstante resulta igualmente claro que una interpretación que por ese solo hecho las entienda incorporadas en el ámbito de la exclusión exigida por la inherencia debiese concluir su inaplicabilidad con carácter general (como destaca y denuncia Enrique Cury¹¹²). En tal caso, resultaría efectivamente absurdo entender que el legislador haya previsto los casos de reincidencia como circunstancia agravante, sin que sea posible (nunca) llegar a utilizarla a dichos efectos.

¹⁰⁵ Nítido en POLITOFF / MATUS / RAMIREZ, p. 522.

¹⁰⁶ Destaca este papel en relación a la obligatoriedad de aplicar las circunstancias, RODRIGUEZ COLLAO, p. 425. En efecto, tan obligatorio es considerar aquellas que concurren como excluir aquellas que no deben ser consideradas conforma a las reglas reseñadas.

¹⁰⁷ CARNEVALI / KÄLLMAN, p. 19.

¹⁰⁸ El nexa que supone con la culpabilidad se destaca en SALINERO ALONSO, p. 124 y en BORJA JIMÉNEZ, p. 185. Este mismo principio ha sido también desarrollado por la doctrina alemana en función del denominado "*principio de división del trabajo entre el Juez y el legislador*" (al respecto SALINERO ALONSO, pp. 123 y 124; BORJA JIMÉNEZ, pp. 174 y ss.).

¹⁰⁹ El fundamento es análogo al que se emite para atribuir a la alevosía un carácter subjetivo, siendo insuficiente el que objetivamente concorra una condición de ventaja para el hechor, en la medida en que en éste, en dicho caso, no habría podido ejecutar el hecho de forma diversa. Vid. CURY URZÚA, p. 517 con citas adicionales al pie de página.

¹¹⁰ En este sentido NOVOA MONREAL, T.II., p. 361; en relación al derecho español BORJA JIMÉNEZ, pp. 187 y 191; SALINERO ALONSO, p. 128. Asimismo en MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN (pp. 118 y 532) dicha constatación les permite vincular la regla de inherencia con el principio de legalidad. El nexa también se destaca por BORJA JIMÉNEZ, pp. 179 y 180.

¹¹¹ Lo dicho resultaba aun más claro en el texto primitivo del numeral 16 en cuanto señalaba que la agravante se configura por el hecho de que el infractor "*ser reincidente*".

¹¹² CURY URZÚA, pp. 766 y 767.

No obstante, dicha aproximación se basa en una simplificación de las descripciones, en la medida en que identifica la condición o motivación personal relevante (aquella de la que no puede desprenderse el hecho y que hace que no pueda ejecutar el hecho sin ella) con aquella que ha sido seleccionada por el legislador como circunstancia. En términos más sencillos, se ocupa una aproximación de tipo abstracto para la evaluación de una causal correspondiente a las circunstancias concretas del hecho, debiendo más bien emplearse una aproximación de naturaleza particular¹¹³. El punto radica en que existen numerosos casos donde concurre una condición personal o un móvil que incide en el carácter inherente de una circunstancia que no es necesariamente la misma que da forma a dicho factor personal y cuya valoración en calidad de tal sería, por lo mismo, difícil de justificar (pues no se podría atribuir al individuo en forma independiente del delito).

Así sucedería, por ejemplo, se si pretendiera incrementar la responsabilidad de un parálítico que decide dar muerte a un tercero por el hecho de utilizar para ello un arma de fuego, teniendo en cuenta que no cuenta con otra opción plausible de lograr dicho objetivo. En dicho caso es precisamente una cualidad personal la que le impide ejecutar el delito sin la concurrencia de la agravante respectiva, siendo por ello necesario que su valoración quede relegada en exclusiva en el ámbito de la tipicidad.

Lo determinante, en síntesis, no es la naturaleza subjetiva o personal de la circunstancia que en definitiva terminará siendo excluida por no poder ejecutarse el delito sin ella (respecto de la cual si sería ilógico entender que el legislador la ha previsto sin que sea posible aplicarla), sino de aquella condición subjetiva, personal o motivacional de carácter particular que opera como fuente motivadora de dicho supuesto y de la inherencia.

En nuestro caso lo relevante consiste entonces en destacar que determinados caracteres presentes en el adolescente, inherentes o propios de su comportamiento en cuanto tal permiten sostener que el fundamento tenido en cuenta por el legislador para prever la agravante de reincidencia es parte expresiva del mismo¹¹⁴.

¹¹³ Reconocemos que el carácter conceptual que caracteriza a las categorías en juego incide en que, casi siempre, sea compleja la tarea de determinar en concreto qué casos deben ser objeto de dicha exclusión. Sobre la complejidad natural de esta tarea ver BORJA JIMÉNEZ, pp. 168 y 171.

¹¹⁴ En este caso el factor personal relevante (e inherente) está constituido por un elemento definitorio de la personalidad de los adolescentes y no por la reincidencia, la que, en cuanto circunstancia, se vería afectada en su aplicabilidad a partir de su sentido o significado. De esta forma, lo relevante en este caso no está dado por el hecho de que se detenta dicha cualidad en particular (centrada en el delito precedente y sus efectos en la cualificación personal del infractor) sino en el hecho de que se ha cometido un *nuevo delito*, es decir, que se ha *recaído en el delito*. Por lo demás, sostener lo contrario implica radicar la reincidencia en un supuesto de autor (el "ser reincidente") lo que resulta contrario a las exigencias de la culpabilidad.

5. Conclusiones

Conforme al desarrollo expuesto es posible arribar a las siguientes conclusiones en relación al problema planteado:

- a) Las disposiciones contenidas en los arts. 21 y 24 de la Ley 20.084 no contienen ningún elemento de juicio que permita sostener la aplicabilidad de las agravantes de responsabilidad criminal asociadas a la *reincidencia*. Ello pues la parte de su contenido que se vincula a las mismas se limita a establecer reglas sobre la valoración de dichas circunstancias, sin referirse a la definición de cuáles son las que deben ser incluidas en dicho procedimiento. Ello depende –al igual que en el régimen de adultos- de definiciones que se ubican en lugares o normas diversas.
- b) En el caso en particular del art. 21, su fundamento material aporta más bien una razón para excluir dichas agravantes del procedimiento que regula, efecto que también se sostiene por aplicación de la regla de inherencia contenida en el art. 63 del Código Penal, cuya aplicación se manda en dicha disposición (art. 21).
- c) La regulación contenida en el Decreto Ley 645 de 1925 tampoco permite apoyar la idea de que la agravante de reincidencia debe ser considerada en tal carácter en el modelo previsto en la Ley 20.084. La expresión *reincidencia* que se utiliza en su texto es tomada en un sentido natural, como sinónimo de *recaída en el delito*, permitiendo la aplicación de todo tipo de efectos fundados en la existencia de condenas previas respecto de un enjuiciado adolescente.
- d) La (eventual) procedencia de la agravante de reincidencia se debe determinar a propósito de lo establecido en el inciso segundo del art. 1° de la Ley 20.084, **debiendo rechazarse su aplicabilidad** por cuanto su carácter circunstancial resulta incompatible con los caracteres que presentan los adolescentes en forma natural, acorde a los fundamentos que subyacen a la reincidencia legal; por fundarse en un presupuesto que carece de sentido valorar conforme a las características del modelo previsto en la Ley 20.084; y, por ofrecer efectos que tampoco resultan compatibles con los fines de la intervención y con los objetivos que se demandan del proceso de individualización de la sanción.
- e) Nada obsta a que se valoren los datos que aportan las condenas previas del infractor en la medida en que ello resulte necesario para la aplicación de los contenidos de alguna de los demás criterios o factores relevantes de ponderar en la individualización de la pena regulada en el art. 24 de la Ley 20.084. En particular, ofrece relevancia para valorar la *“idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.”*

6. Excurso: efectos de la reincidencia (en sentido natural) en la determinación de la pena de adolescentes

Si bien lo dicho permite agotar el contenido del problema que se nos ha planteado creemos conveniente introducir algunos comentarios generales referidos a los efectos que deben asignarse a la presencia de antecedentes penales (es decir, reincidencia en sentido natural) en el enjuiciamiento de un adolescente, a efectos de clarificar aun mas las consecuencias que derivan de la exclusión de su consideración en dicho procedimiento de aquellos casos que configuran una circunstancia agravante de la responsabilidad penal.

- a) La reincidencia (en sentido natural) no tiene en la Ley 20.084 (y, específicamente en la aplicación del art. 24) el tratamiento propio de una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal;
- b) De ahí que no sea forzoso considerarlos (a menos que sean relevantes a los efectos de la aplicación de algún factor o criterio diverso) y, en su caso, su valoración no tenga necesariamente aparejado un efecto agravatorio o incremental en la pena;
- c) Los efectos aplicables vienen entonces determinados por el factor o criterio que motive su consideración, siendo indispensable el que se cuente con una base normativa para poder justificarlos. En el régimen de adolescentes ofrece relevancia para valorar el dato que aporta el prontuario de condenas lo dispuesto en la letra c) y f) del art. 24;
- d) En torno a la letra c) el efecto se vincula a la anulación del efecto atenuante que pudiere asignarse a la irreprochable conducta anterior; En torno a la letra f) la incidencia de las condenas penales en la "*idoneidad*" que pueda predicarse de la sanción "*para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas*" como también para satisfacer sus propias "*necesidades de desarrollo e integración social.*" Se trata de objetivos que también apuntan a una síntesis entre contenidos asociados al binomio autonomía/responsabilidad y objetivos tributarios de la idea de reinserción, igual a como acontece con las finalidades generales de la intervención previstas en el art. 20¹¹⁵; se demanda en ello una tarea de análisis cualitativa, que apunta a la caracterización que ofrece en conjunto la trayectoria de adolescente, con incidencias que pueden producir efectos en la selección de la naturaleza de la sanción, su duración y en las con-

¹¹⁵ Oo. HORVITZ L., p. 114 y MEDINA SCHULZ, p. 208, quienes solo perciben objetivos tributarios de fines preventivos o directamente *resocializadores*.

diciones de su ejecución (incluyendo a las que se adoptan respecto del plan de intervención individual)¹¹⁶;

- e) A este respecto hay que tener en cuenta que la agravación no es el único efecto que se puede atribuir en abstracto a la reiteración sancionada (reincidencia en sentido natural) en el ámbito de la determinación de la pena. Tampoco se trata de un efecto necesario, existiendo razones que permitirían al legislador acordar otras consecuencias, sean éstas mayores, alternativas o incluso opuestas.

Las alternativas a este respecto¹¹⁷ van desde la posibilidad de haber previsto un efecto agravatorio especial ajeno a las reglas comunes de valoración de circunstancias (como el que prevén determinadas regulaciones para casos de multirreincidencia)¹¹⁸, su aplicación sólo respecto de determinados tipos o grupos de delitos¹¹⁹; o, finalmente, se le podría incluso asignar un efecto atenuante de la responsabilidad (probablemente con presupuestos diversos y mas acotados) con base en la menor culpabilidad que puede predicarse en el infractor habitual¹²⁰.

También el legislador puede optar por delegar parte de dichas definiciones en el sentenciador, sin regular en forma precisa los términos generales de sus presupuestos, permitiendo expresamente que los antecedentes penales sean valorados acorde a los (llamados) fines de la pena (preventivos) en el proceso

¹¹⁶ Bustos reconoce que puede servir para determinar la forma de ejecución de la pena (citado en KUNSEMÜLLER L., en POLITOFF / ORTIZ, p. 214).

¹¹⁷ Una síntesis, con base histórica, en RIVACOBA y RIVACOBA, pp. 477 y ss.

¹¹⁸ Respecto del régimen vigente en España Vid. CRUZ MÁRQUEZ, p. 128; CARDENAL M., pp. 670 a 682.

¹¹⁹ En el sistema alemán (de alta influencia en nuestra tradición jurídico penal) no existe una regulación legal específica o circunstanciada de la reincidencia.

¹²⁰ La idea de base apunta que el hábito y el acostumbramiento dificulta en mayor medida la inhibición por aquello de que *"es más fácil repetir lo ya realizado"*. Como señala ROXIN (en *"Qué queda de la culpabilidad"*, p. 676) *"la capacidad de resistir la tentación de cometer nuevos hechos punibles no crece con el número de condenas anteriores, sino que disminuye (...)* en este sentido el reincidente (...) *actúa con menor culpabilidad, porque, precisamente, le es más difícil obedecer la norma"*. En Alemania comparten este supuesto autores contemporáneos como BAUMANN (citado en MIR PUIG, p. 542), HAFFKE (p. 187) y FROSCHE (citado por HAFFKE en pp. 187 y 188) siendo igualmente llamativo el que JAKOBS (p. 588) acepta implícitamente que dicha conclusión puede promoverse en el plano empírico. En España se sostiene por BACIGALUPO (en *"El principio de culpabilidad"* (1998), p. 140 y en *"El principio de culpabilidad"* (1999), p. 165.) y por MARIN DE ESPINOZA CEBALLOS (p. 178). Los antecedentes históricos se remontan a la época clásica en autores como KLEINSHROD (en Alemania) y BUCECELATI (en Italia), citados por SÁNCHEZ TEJERINA (p. 313), PUENTE SEGURA (p. 567) y BERGALLI (p. 81). En Chile dan cuenta de dicha lectura del dato de la recaída NOVOA MONREAL T.II. p. 74 y KUNSEMÜLLER L., en *"Anales"*, p. 123; y CRUZ MÁRQUEZ, p. 130.

de individualización judicial (como sucede en el modelo alemán¹²¹) o en función de la aplicación de criterios o factores diversos. Esto es precisamente lo que sucedería en nuestro caso en particular, siendo facultad del juez, en aplicación del art. 24 letra f), el valorar el significado concreto que posible atribuir a la recaída para determinar la sanción más idónea para “fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.”, todo ello acorde a las finalidades consignadas en el art. 20 (“hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.”).

- f) En relación a los casos en que los contenidos que ofrece la recaída demanden un tratamiento agravatorio de las consecuencias procedentes (por razones, por ejemplo, asociadas a las necesidades de responsabilización o de fortalecimiento del respeto por los demás, vinculadas, en todo caso, a la gravedad de los hechos) hay que tener en cuenta que en el modelo de adolescentes ello no se refleja en exclusiva en un incremento cuantitativo de la pena (como sucede en el régimen de adultos, en atención los caracteres propios del sistema de penas y de su determinación). Constituye de hecho un desacertado *lugar común* el asumir que el efecto agravatorio asociado a determinadas circunstancias se debe por ello traducir necesariamente en una incidencia cuantitativa, con expresión concreta en una mayor extensión en la duración o cuantía de la respectiva sanción. Una sanción penal también se torna más gravosa en la medida en que sus dimensiones cualitativas provocan una mayor reducción en los espacios de autonomía que serán reconocidos al individuo durante la ejecución de la condena. Ello puede suceder modificando la naturaleza de la pena, modificando las condiciones de su ejecución, o recurriendo incluso a alguna sanción que en abstracto sea menos afflictiva pero cuyas modalidades de ejecución demanden una restricción de la autonomía individual más invasiva (en términos prácticos, entre el internamiento en régimen semicerrado y la libertad asistida especial). Todo ello, en aplicación del art. 24 (25 o 19, en los respectivos casos que regula) de la Ley 20.084;
- g) Dicho contenido puede perfectamente tener reflejo en la justificación de un nivel de reproche reducido (menor culpabilidad), que puede incidir en una reducción del margen de afflictividad de la condena; y
- h) En caso alguno dichos efectos permitirían fundar una sanción que supere la gravedad del hecho, pues ello iría en contra del objetivo impuesto en la ley. El primer objetivo descrito en el art. 20 apunta a *hacer efectiva la responsabilidad por el*

¹²¹ Al respecto BORJA JIMÉNEZ pp. 172 y ss.

hecho cometido, lo que impone un criterio asociado al desvalor ejecutado. Un exceso en relación a ello constituirá un incumplimiento de dicho mandato legal.

Bibliografía Citada

- BACIGALUPO, Enrique, "*Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturales en el derecho penal actual*", en VVAA: "*Teorías actuales en el derecho penal. 75 Aniversario del Código Penal*." Buenos Aires, 1998, pp. 131 a 152.
- "*Principio de culpabilidad e individualización de la pena*", en VVAA: "*El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*", Edit. Comares, Granada, 1999, pp. 33 a 48.
- BERGALLI, Roberto, "*La Recaída en el delito. Modos de reaccionar contra ella*", Barcelona, 1980.
- BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo, "*La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas*", en Revista Política Criminal, N°11, Vol. 6, 2011, pp. 163 a 191.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, "*El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal*", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLV, 1992, pp. 165 a 211.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "*Derecho penal del niño –adolescente*", Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2007.
- CAPDEVILA, M., FERRER, M., LUQUE, E., "*La Reincidencia en el Delito en la Justicia de Menores*". Colección "*Justicia i Societat*" Núm. 26, Barcelona.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, "*La reincidencia en el derecho penal de menores*" en VVA "*Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*", Edit. La ley, Madrid, pp. 661 a 683.
- CARNEVALI, Raúl; KÄLLMAN, Eva, "*La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración a la pluralidad de malhechores del artículo 456 bis n°3 del Código Penal*", en Revista Política Criminal, N°4, 2007, secc. Documentos, pp. 1 a 24.
- CENTRO DE ESTUDIOS EN SEGURIDAD CIUDADANA (CESC) del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, "*Estudio modelo y medición de la reincidencia de adolescentes y jóvenes infractores de la Ley penal*", Febrero 2012.
- CERDA SAN MARTÍN, Mónica; CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, "*Sistema de responsabilidad penal para adolescentes*, 2ª Edición, Librotecnia, Santiago, 2007.

- CID MOLINÉ, José / MARTÍ OLIVÉ, Joel, “*El proceso de desistimiento de las personas encarceladas. Obstáculos y Apoyos*”, Publicación del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2011.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “*Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes: consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad de la sanción*”, en Estudios de Derecho Penal Juvenil I, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, Noviembre de 2009, pp. 137 a 171.
- COLAS TURÉGANO, Asunción, “*Aspectos característicos de la delincuencia juvenil*”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / CUERDA ARNAU, María Luisa (Coords.) “*Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*”, Ediciones Universitat Jaume I, Valencia, 2006, pp. 79 a 120.
- COLEMAN J.C. / HENDRY L.B. “*Psicología de la adolescencia*”, 4º edición actualizada, Edit. Morata, Madrid, 2003.
- COUSO SALAS, Jaime, “*Los adolescentes ante el derecho penal en Chile. Estándares de Juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva*”, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia, Volumen XXV, N°1, pp. 149 a 173.
- “Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* N° 14, 2005.
- COUSO SALAS, Jaime / HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (Dir.), “*Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia*”, Edit., Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, “*Significado de la reincidencia en el derecho penal de menores: del pronóstico de peligrosidad a la culpabilidad*”, en VVAA, Estudios de Derecho Penal Juvenil II, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, Diciembre 2011.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª Edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.
- DUCE JULIO, Mauricio, “*El derecho a un Juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*”, *Revista Ius et Praxis*, Año 15, N°1, 2009, pp. 77 y ss.
- DUCCI CLARO, Carlos, “*Interpretación Jurídica*”, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1989.
- ETCHEBERRY O., Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

- FUENZALIDA, Iván, "Anotaciones Prontuariales de los Adolescente: Un Tema Pendiente." En Justicia y Derechos del Niño N° 11, ediciones de Unicef, 2009, pp. 313 a 328.
- GARAIGORDOBIL LANDAZABAL, Maite, "Conducta antisocial durante la adolescencia: correlatos socio-emocionales, predictores y diferencias de género", en Revista Psicología Conductual Vol. 13, N°2, pp. 197 a 215.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª Edición, Tomos I y II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- HAFFKE, Bernhard, "Reincidencia y medición de la pena" en SCHÜNEMANN (Coord.): "El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario" (Introducción, traducción y notas de Silva Sánchez), Edit. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 179 a 195.
- HERNÁNDEZ, Héctor, "El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito", Revista de Derecho Universidad Austral de Valdivia, Vol. XX. N°2, Diciembre 2007, pp. 195-217.
- HORVITZ L., María Inés, "Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable", en Revista de Estudios de la Justicia N° 7, 2006, pp. 97 a 119.
- JAKOBS, Günther, "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación.", 2ª Edición corregida, (Traducción de Cuello Contreras, J. y Serrano González, J.L.), Edit. Marcial Pons, Madrid. 1997.
- KUNSEMÜLLER L., Carlos, "Política criminal y reincidencia", en Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Quinta época, 2005 N°2, pp. 121 a 141.
- "La circunstancia agravante de reincidencia", en Gaceta Jurídica N°212, 1998, pp. 61 a 71.
- MALDONADO FUENTES, Francisco, "Fundamentación y determinación de la pena en el derecho penal de adolescentes. a propósito del juicio seguido contra B. N. M., por delito de robo con intimidación (RUC 0900505404-1) en la V Región", en Revista Ius et Praxis Año 17, N°2, 2011, pp. 505 a 536.
- "Determinación de la pena y concurso de delitos en la ley 20.084", en Estudios de Derecho Penal Juvenil II, Diciembre 2011, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, pp. 169 a 237.
- "Responsabilidad penal juvenil: estado actual y perspectivas", en www.microjuris.com, año 2009. Se cita MJCH_MJD372 | MJD372. Una versión levemente actualizada ha sido publicada en Revista General de Derecho Penal N°14, Noviembre 2010.

- MARÍN DE ESPINOZA CEBALLOS, Elena, "*La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*", Edit. Comares, Granada, 1999.
- MEDINA SCHULZ, Gonzalo, "Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente", en *Revista de Estudios de la Justicia* N°11, 2009, pp. 201 a 234.
- MIR PUIG, Santiago "*La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10.14. 10.15, 61.6 y 516.3*", Edit., Bosch, Barcelona, 1974.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª Edición, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno*, 3ª Edición, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- NÚÑEZ OJEDA, Raul / VERA VEGA, Jaime, "*Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el derecho penal de adolescentes chileno*", en *Revista Política Criminal*, N°13, Vol. 7, 2012, pp. 168 a 208.
- POLITOFF, Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte General y Parte Especial. 2ª Edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004. (reimpresión de la parte especial de 2009).
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / ORTÍZ QUIROGA, Luis (Dirs.), "*Texto y Comentario del Código Penal Chileno*" Tomo I, Libro Primero y Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- PUENTE SEGURA, Leopoldo "*Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*"; Madrid, Edit. Colex, 1997.
- RICHARDS, K., "*What makes juvenile offenders diferente from adult offenders?*". Trends & issues in crime and criminal justice. No. 409. Australian Government. Australian Institute of Criminology.
- RIVACOBBA y RIVACOBBA, Manuel, "*Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*", en *Separata de Doctrina Penal* N° 43, Julio-Septiembre de 1988, Edit. Depalma, Buenos Aires.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, "*Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal*", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVI, 2011, pp. 397 a 428.
- ROXIN, Claus, "*Que queda de la culpabilidad en derecho penal*". Cuadernos de Política Criminal N° 30, 1986, pp. 671 a 692.

- RUDNIK VIZCARRA, Carolina, "*La compensación racional de circunstancias modificatorias en la determinación judicial de la pena*", Edit. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007.
- SALINERO ALONSO, Carmen, "*Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*", colección Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Granada, 2000.
- SAN MARTÍN, María Angélica, "*Valoración de circunstancias concurrentes no constituye doble valoración prohibida, ni admite revisión vía recurso de nulidad: comentario fallo de la corte de Apelaciones de Antofagasta. Recurso 62/2009*", en Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 38, marzo de 2009, pp. 295 a 300.
- SANABRIA, Ana María / URIBE RODRÍGUEZ, Ana Fernanda, "Conductas antisociales y delictivas en adolescentes infractores y no infractores, revista pensamiento Psicológico, Vol. 6, N°13, 2009, pp. 203 a 218.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, "*Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*", Edit. Comares, Granada. 1998.
- SÁNCHEZ TEJERINA, Isaías, "*Derecho penal español*". Tomo I, Introducción y Parte General. 5° ed. Madrid, 1950.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, "*Introducción al Derecho*", Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- TIFFER SOTOMAYOR, Carlos / LLOBET RODRÍGUEZ, Javier / DÜNKEL, Frieder, "*Derecho Penal Juvenil*", publicaciones DAAD, San José, Costa Rica, 2002.
- VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex, "*Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena*", en Revista Chilena de Derecho Vol. 24 N°3, 1997, pp. 459 a 502.
- VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, "*Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social (social development theories)*", en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia, Vol. XIV, 2003, pp. 135 a 158.
- VERGARA, María de los Ángeles, "*Psicología del adolescente. Aspectos distintivos de la edad juvenil*", Publicaciones de la Escuela de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, disponible en la web en <http://escuela.med.puc.cl/paginas/publicaciones/manualped/PsicolAdoles.html> [visitada por última vez el 29 de Noviembre de 2012].

VIII. Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art. 369 quáter del Código Penal

Juan Pablo Mañalich*

1. Introducción

La Defensoría Penal Pública me ha solicitado informar en derecho acerca del régimen de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal por referencia a un hecho presuntamente imputable a una persona menor de 18 años, cuando el hecho es presuntamente constitutivo de un delito contra la indemnidad sexual de una persona menor de edad. Específicamente, la pregunta apunta a la relación sistemática en que se encontrarían las reglas del art. 369 quáter del Código Penal, por un lado, y del art. 5° de la Ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, por otro.

Para responder esta pregunta, se ofrecerá, en primer lugar, una fundamentación de la especialidad del régimen jurídico-penal de menores de edad, para después emprender una determinación del sentido y alcance de la ya mencionada regla del art. 5° de la Ley 20.084, que fija plazos especiales de prescripción de la acción penal y de la pena en relación con hechos imputables a personas menores de edad. Con posterioridad a ello, se procederá a precisar el sentido y alcance de la regla del art. 369 quáter del Código Penal, que altera el régimen general de cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal. Finalmente, se examinará la cuestión de si la regla del art. 369 quáter resulta aplicable para el cómputo de los plazos establecidos en el art. 5° de la Ley 20.084.

* Doctor en Derecho, Universidad de Bonn. Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

2. La especialidad del régimen de responsabilidad jurídico-penal de adolescentes bajo el principio de culpabilidad

El régimen regulativo establecido por la Ley 20.084 se encuentra instituido sobre la base del así llamado “principio de especialidad”.¹ En lo fundamental, la implementación legislativa de este principio determina que se trate de un régimen jurídico-penal diferenciado de aquel al cual queda sometido, por defecto, cualquier adulto al cual resulta imputable un hecho de significación delictiva. Esta diferenciación se muestra tanto en la configuración sustantiva como en la estructura procesal del régimen jurídico-penal al que quedan sometidas las personas que, al momento del hecho,² son menores de 18, pero mayores de 14 años de edad. Ello se ve nitidamente expresado en el art. 10 N° 2 del Código Penal: desde el punto de vista del régimen jurídico-penal de adultos, la condición de menor de 18 años cuenta como una genuina eximente de responsabilidad, cuyo fundamento consiste en que la condición de menor de edad conlleva una falta de capacidad de culpabilidad, entendida ésta como un presupuesto de la posible imposición de una sanción prevista por el régimen jurídico-penal establecido por el propio Código Penal. De ahí que la segunda parte del mismo art. 10 N° 2 deba ser entendida en el sentido de una auténtica remisión —por lo demás, regulativamente redundante— a un régimen jurídico que resulta cualitativamente distinto del régimen de adultos, del cual los menores de edad quedan estrictamente excluidos en atención a su sola condición de tales.

La consideración precedente exige advertir, empero, la relatividad de toda atribución de culpabilidad jurídico-penal, lo cual exige, a su vez, abandonar la idea de que pudiera haber tal cosa como una “culpabilidad natural”, en el sentido de una culpabilidad pre-jurídica.

La noción de una culpabilidad natural subyace, desde ya, a la no del todo infrecuente representación de las reglas que fijan límites de edad mínima que condicionan el reconocimiento de culpabilidad como si se tratara de reglas que fijan una presunción

¹ Véase por todos Maldonado, Francisco: “La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes”, *Justicia y Derechos del Niño* 6 (2004), pp. 103 ss., 121 ss.; Couso, Jaime y Duce, Mauricio: *Juzgamiento de penal de adolescentes*, LOM, Santiago, 2013, pp. 21 ss., 301 ss., con ulteriores referencias.

² Este presupuesto de aplicabilidad del régimen de la Ley 20.084 puede volverse especialmente complejo de determinar tratándose de delitos permanentes y, en general, de cualquier hecho delictivo cuya realización se extienda durante algún intervalo de tiempo. Cabe apuntar aquí que la formulación de la regla del inc. 2° del art. 3° resulta bastante poco afortunada, puesto que, en congruencia con el principio de culpabilidad, lo decisivo no puede ser el momento de consumación del delito en cuestión, sino el de la culminación de la ejecución o la omisión de la respectiva acción o actividad, momento que puede ser anterior o posterior al momento de la (eventual) consumación del delito. Véase al respecto Bustos, Juan: *Derecho penal del niño-adolescente*, EJS, Santiago, 2007, pp. 23 s.

de derecho.³ El problema de semejante representación es el siguiente: entender las reglas que fijan los presupuestos de la culpabilidad como reglas de presunción *iuris et de iure* supone entender que esas reglas se refieren a algo que ellas mismas no constituyen. Y esto último supondría asumir que, en el algún oscuro sentido, la capacidad de culpabilidad jurídico-penal estaría —por decirlo así— “más allá” del propio derecho penal. Ello desconocería, sin embargo, que la culpabilidad jurídico-penal —al igual que cualquier otro presupuesto de la existencia de un hecho punible— es un *constructo*. Lo cual significa: la culpabilidad jurídico-penal no es *descubierta* como una entidad identificable al margen de la operación del derecho, sino que ella es jurídicamente *atribuida*.⁴

Ahora bien, ello tendría que volver inmediatamente reconocible la *relatividad* de la culpabilidad: en la medida en que la culpabilidad resulta jurídicamente constituida como un presupuesto de la punibilidad de un hecho de determinadas características —esto es: de la sujeción de la persona a la cual ese hecho es imputable a la eventual imposición de una sanción constitutiva de pena—, las condiciones de la (adscripción de) culpabilidad tendrán que ser inmediatamente sensibles a la específica teleología del correspondiente régimen de sanciones. Lo cual significa: los criterios de adscripción de culpabilidad no pueden sino estar definidos en estricta referencia a parámetros de legitimación del régimen de sanciones cuya imposición queda en efecto condicionada por la correspondiente exigencia de culpabilidad.⁵

Esto último se deja ilustrar a través de un breve excurso. A partir de fines del año 2009, rige en Chile una ley que establece un régimen de responsabilidad jurídico-penal para personas jurídicas. Siendo inequívoco que el catálogo de sanciones previsto por la Ley 20.393 es un catálogo de sanciones penales, la tarea capital que impone una adecuada reconstrucción de la regulación consiste en esclarecer,

³ Véase en este sentido Couso y Duce, *op. cit.*, p. 323. Semejante comprensión de las reglas que fijan el umbral etario mínimo de la capacidad de culpabilidad parece favorecida por el tenor del art. 40.3, letra a), de la Convención sobre los Derechos del Niño, que exige a los Estados partes establecer “una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales”. Es crucial no confundir, empero, la manera en que se encuentra formulada una regla en algún tratado internacional (o en alguna ley), por un lado, y la manera en que el discurso dogmático ha de reconstruirla técnicamente.

⁴ Véase sólo Mañalich, Juan Pablo: “Determinismo, autonomía y responsabilidad penal”, en Kindhäuser y Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdF, Montevideo y Buenos Aires, 2011, pp. 181 ss., 205 ss., con ulteriores referencias.

⁵ Nótese que ello no implica favorecer la articulación de un concepto radicalmente funcionalista de culpabilidad, precisamente porque de lo que se trata es de una especificación de los presupuestos de una adscripción de culpabilidad en atención a parámetros de *legitimación*, y no, en cambio, a consideraciones de adecuación funcional desde el punto de vista de la teleología —esto es, el conjunto de finalidades perseguidas a través de la operación— del respectivo régimen sancionatorio.

por de pronto, en qué sentido cabe atribuir responsabilidad jurídico-penal a una persona jurídica. Y dado que el presupuesto definitorio de la imposición de una sanción efectivamente constitutiva de *pena* está representado por una adscripción de culpabilidad, la tarea consiste, ni más ni menos, en esclarecer en qué sentido puede haber tal cosa como la capacidad de culpabilidad de una persona jurídica.

La especificidad de semejante régimen de responsabilidad jurídico-penal de personas jurídicas, cuya implementación supone abandonar el dogma según el cual una persona jurídica no tendría capacidad delictiva —*societas delinquere non potest*—, habrá de determinar la consiguiente especificidad de los presupuestos de su culpabilidad, los cuales, con todo probabilidad, no podrán coincidir con los presupuestos de la culpabilidad de una persona “natural”.⁶ Lo importante, empero, es advertir que sería abiertamente implausible la sugerencia de que, ya con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20.393, hubiera sido posible “constatar” la culpabilidad jurídico-penal de una persona jurídica.

Nada distinto puede valer, *mutatis mutandis*, tratándose de un régimen jurídico-penal diferenciado para menores de edad. La culpabilidad susceptible de ser atribuida a un menor de edad, bajo el derecho chileno vigente, es estrictamente relativa, en los mismos términos, a los parámetros de legitimación del respectivo régimen sancionatorio, de modo tal que, fuera del contexto de aplicabilidad de las reglas de la Ley 20.084, carece de todo sentido siquiera plantear una eventual atribución de culpabilidad jurídico-penal a personas menores de edad.

De lo anterior se sigue que las particularidades del régimen jurídico-penal aplicable respecto de menores de edad tendrían que poder ser entendidas como congruentes con la especificidad de la culpabilidad que puede fundamentar —o al menos co-fundamentar— la imposición de penas en el marco de ese mismo régimen sancionatorio. En lo que se sigue se intentará determinar, a grandes rasgos, en qué consiste la especificidad de la culpabilidad de cuya efectiva atribución depende la activación del régimen sancionatorio establecido por la Ley 20.084.

3. Tolerancia especial y proto-culpabilidad

Bajo un modelo de derecho penal construido sobre el principio de culpabilidad, el criterio de legitimación de la imposición de una sanción penal no puede ser otro que un criterio de merecimiento. La pena es la materialización de un reproche que expresa decepción por el quebrantamiento imputable de una norma públicamente vinculante. La legitimidad de ese reproche depende de su merecimiento por parte de quien

⁶ Véase Mañalich, Juan Pablo: “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, *Revista Chilena de Derecho* 38 (2011), pp. 279 ss., 298 ss., 302 ss.

queda expuesto, en tal medida, a padecer la imposición (y ejecución) de la pena en la cual se materializa ese reproche. Y la medida de la culpabilidad por el hecho determina la medida de ese merecimiento.

Con ello, es claro que hay razones para entender que, ya abstractamente, la magnitud del reproche susceptible de ser dirigido a un menor de edad resulta decisivamente más leve que tratándose de un adulto. De acuerdo con von Hirsch, serían fundamentalmente dos las líneas de argumentación conducentes al reconocimiento de un umbral considerablemente más bajo de culpabilidad individual atribuible a menores de edad.⁷

Una primera línea se apoya en razones concernientes al factor constituido por las capacidades de cognición y control volitivo.⁸ Así, y en primer lugar, frente a un menor de edad tendría que verse moderada la expectativa de que, en ejercicio de sus facultades cognitivas, él llegue a advertir las consecuencias interpersonal y socialmente lesivas de su comportamiento. Y esto no meramente porque, como cuestión de hecho, su capacidad individual de reconocer esas consecuencias vaya a ser necesariamente menor que la de un adulto, sino más bien porque, normativamente, cabe asumir que la amplitud de esa posibilidad cognitiva es dependiente “de la experiencia, el aprendizaje y las capacidades de razonamiento moral que se desarrollan durante la adolescencia a medida que transcurre el tiempo”.⁹ En segundo lugar, sería asimismo necesario morigerar la expectativa puesta en el efectivo ejercicio de auto-control volitivo por parte de los adolescentes. También aquí, empero, lo decisivo no es que estadísticamente los menores tiendan a ser menos capaces de auto-control que los adultos, sino más bien la consideración normativa de que, tratándose de una capacidad aprendida, justamente la niñez y la adolescencia habrían de ser vistas como los contextos biográficos en los cuales tendría que desplegarse su aprendizaje.¹⁰

La segunda línea de argumentación, por su parte, se centra en el factor constituido por la “susceptibilidad-a-la-pena”. En general, y muy especialmente tratándose de penas privativas de libertad, los adolescentes exhibirían un grado considerable mayor de susceptibilidad frente a su respectivo “efecto punitivo”.¹¹ Pero tal como von

⁷ Von Hirsch, Andrew: “Sentencias proporcionales para menores, ¿Qué diferencia con las de los adultos?”, en *Informes en Derecho. Estudios de derecho penal juvenil III*, DPP, Santiago, 2012, pp. 61 ss., 65 ss.

⁸ Al respecto Couso y Duce, *op. cit.*, pp. 28 ss.; también Cruz Márquez, Beatriz: “La culpabilidad por el hecho del adolescente: Referencias y diferencias respecto del Derecho Penal de adultos”, en *Informes en Derecho. Estudios de derecho penal juvenil III*, DPP, Santiago, 2012, pp. 9 ss., 13 ss., en cada caso con ulteriores referencias.

⁹ Von Hirsch, *op. cit.*, pp. 67 s.

¹⁰ Von Hirsch, *op. cit.*, pp. 68 s.

¹¹ Von Hirsch, *op. cit.*, pp. 70 ss. Al respecto, véase también Couso y Duce, *op. cit.*, pp. 32 s.

Hirsch lo muestra, hay razones de peso para rechazar la adopción de un “punto de vista subjetivista de severidad penal”. Antes bien, lo crucial sería poner el énfasis en el grado de interferencia que las sanciones distintivamente punitivas representan para los “intereses especiales” que se dejan asociar, generalizadamente, al periodo de la adolescencia. En lo fundamental, estos intereses especiales se identificarían con un interés en el propio desarrollo y un interés en la preservación de la propia autoestima. Puesto que las formas más características de sanciones penales conllevarían una afectación comparativamente intensificada de tales intereses, “corresponde exigir de los menores un menor grado de resiliencia psicológica al recibir un castigo”.¹²

Ciertamente, una y otra línea de argumentación son compatibles, y hablan conjuntamente a favor de una configuración diferenciada del régimen de responsabilidad jurídico-penal al cual hubieran de quedar sometidas las personas menores de edad. Pero como von Hirsch mismo lo advierte, éstas son simplemente razones para adecuar, en clave de proporcionalidad retrospectiva, la magnitud del reproche, en atención a la posición distintiva en que se encuentra un menor de edad frente a la imposición de una sanción penal. Y esto ciertamente no basta para justificar el reconocimiento de una diferencia cualitativa entre el régimen de sanciones penales al cual pueden quedar sometidas las personas menores de edad dentro de un cierto rango etario, por un lado, y aquel al cual ordinariamente se encuentran sometidas las personas adultas, por otro. Pues

*[s]i 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.*¹³

Según von Hirsch, el paso decisivo a favor de una auténtica alteración de las convenciones que relacionan gravedad (de los delitos) y severidad (de las penas), en el marco de la configuración de un régimen de responsabilidad jurídico-penal aplicable respecto de menores de edad, consiste en asumir el significado de la adolescencia (o “juventud”) como un periodo de experimentación, y más precisamente, como un periodo “para probar límites” y, por ende, “para cometer errores”.¹⁴ Ello tendría que favorecer la adopción de un principio de “tolerancia especial” para con el comportamiento delictivo de menores de edad, cuyo fundamento último no sería otro que una *apuesta*, a saber: “que muchos o la mayoría de los menores que abusan de tales oportunidades, cuando maduren, aprenderán mejor a vivir en forma autónoma —y no

¹² Von Hirsch, *op. cit.*, p. 72.

¹³ Von Hirsch, *op. cit.*, p. 73.

¹⁴ Von Hirsch, *op. cit.*, pp. 73 ss.

deberían ser cargados indebidamente con las consecuencias penales de sus malas elecciones anteriores”.¹⁵

De acuerdo con von Hirsch, la implementación del principio de la tolerancia especial tendría que manifestarse en una opción por una “convención punitiva” más leve, en el sentido de que tanto la naturaleza como la magnitud de la reacción penal a la que pueda quedar expuesto un menor de edad resulte considerablemente menos drástica que aquella a la cual pudiera verse sometido un adulto.¹⁶ Pues de esto dependería que logren compatibilizarse el objetivo de hacer efectiva la responsabilidad del menor de edad que ha quebrantado el derecho, por un lado, con el requerimiento de aminorar el impacto de la punición en el proceso de progresiva adquisición de autonomía por parte del menor, por otro.

Es precisamente en este punto donde emerge la clave para reconocer en qué consiste la especificidad de la culpabilidad de cuya adscripción tendría que depender la imposición de una sanción penal sobre un menor de edad. Pues esa culpabilidad consiste, más bien, en lo que cabría caracterizar como una “proto-culpabilidad”. Si un menor de edad es hecho responsable por un comportamiento de significación delictiva, entonces ello ha de tener lugar de un modo que resulte parcialmente anticipatorio del recíproco depósito de confianza implicado en la expectativa de fidelidad al derecho que los miembros adultos de una comunidad política mantienen entre sí. Esto es: la proto-culpabilidad manifestada en el hecho imputable a un menor de edad ha de descansar en una anticipación del reconocimiento de autonomía que está implícito en un reproche *paradigmático* de culpabilidad, esto es, en un reproche de culpabilidad dirigido a un adulto.

Aquí es crucial reparar, de paso, en que se trata de una anticipación de autonomía que no puede ser plena o irrestricta. Por un lado, el menor declarado jurídico-penal culpable es tenido por capaz de autodeterminación —y por ende: de responsabilidad— a sabiendas de que él aún no satisface plenamente los presupuestos de una adscripción de culpabilidad paradigmática, que es aquella susceptible de ser atribuida a un adulto en tanto persona tenida por plenamente capaz de autodeterminación. Pero por otro lado, lo que en tal caso se imputa al menor en cuestión es el quebrantamiento de una norma en cuya producción él no habrá tenido injerencia alguna. Pues en el contexto de una democracia representativa, esta última posibilidad depende de que la persona en cuestión aparezca dotada de autonomía política, estatus que queda formalmente asociado a la condición de ciudadano. De ahí que sea imprescindible no perder de vista que, a diferencia de un derecho penal de adultos, un régimen de responsabilidad jurídico-penal aplicable respecto de menores de edad siempre será

¹⁵ Von Hirsch, *op. cit.*, p. 74.

¹⁶ Von Hirsch, *op. cit.*, pp. 77 s.

heterónimo en sentido político.¹⁷ Y esta precisa circunstancia determina que el diseño y la operación institucional de la reacción punitiva al comportamiento delictivo de los menores de edad tengan que asumir operativamente esa misma heteronomía. Ello debería expresarse, entre otras, en una considerable mayor laxitud en la definición de los presupuestos de una eximente por error de prohibición.

El principio de tolerancia especial, apoyado en un modelo de proto-culpabilidad como el aquí (apenas) esbozado, exhibe un alto rendimiento explicativo de algunas notas básicas del régimen de responsabilidad jurídico-penal establecido por la Ley 20.084. En primer término, ello hace posible dar cuenta del sentido y alcance del criterio general de determinación de la pena establecido en el art. 20 de la Ley 20.084, constituido por “la finalidad de las sanciones”, consistente en “hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socio-educativa amplia y orientada a la plena integración social”. El primer componente de la cláusula se corresponde exactamente con la caracterización de la culpabilidad con relevancia para el derecho penal de menores como una proto-culpabilidad. Pues “hacer efectiva” su responsabilidad no supone simplemente *constatar* esa misma responsabilidad, sino más bien *activarla*. Pero justamente por el hecho de que esta activación no puede corresponderse con un paso binario desde un estatus de plena irresponsabilidad a uno de plena responsabilidad, la segunda parte de la cláusula del art. 20 dispone que esa activación de la responsabilidad del menor en cuestión ha de enmarcarse en un esquema de “orientación socioeducativa” orientada a “su plena integración social”.¹⁸

Pero el principio de tolerancia especial también hace posible explicar adecuadamente, en segundo lugar, el específico catálogo de sanciones previstas por la Ley 20.084, el cual se encuentra enunciado en su art. 6°. La considerable menor severidad de las penas disponibles, en atención tanto a su naturaleza como a su magnitud relativa, no se deja explicar si simplemente asumimos que aquí se trataría, para usar la afortunada expresión de Bustos, de un “derecho penal de adulto de menor

¹⁷ Esto tendría que hablar en contra de la sensatez de los esfuerzos, loablemente inspirados, en articular un “modelo de ciudadanía de los menores de edad”; véase al respecto Díaz Cortés, Lina: *Introducción al derecho penal juvenil*, Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 137 ss., con ulteriores referencias. Pues semejante modelo en último término llevaría a camuflar la irreductible heteronomía del régimen sancionatorio aplicable a su respecto.

¹⁸ A este respecto, no es baladí enfatizar que el esquema de intervención orientado a la reintegración social es legislativamente definido como el marco en el cual ha de situarse la imposición de la sanción “activadora-de-responsabilidad”. Esto obsta, desde luego, a una interpretación del art. 20 en clave de un modelo “tutelar”, pero así también en clave de un modelo “educativo”. Respecto de uno y otro, véase Maldonado, *op. cit.*, pp. 108 ss., 112 ss.; Díaz Cortés, *op. cit.*, pp. 83 ss., 104 ss., con ulteriores referencias.

nivel”.¹⁹ Antes bien, y con prescindencia del carácter manifiestamente excesivo de una pena privativa de libertad que puede llegar a diez años de internación en régimen cerrado, el establecimiento de un catálogo estrictamente diferenciado de sanciones significativamente menos severas resulta mucho más congruente bajo la hipótesis de que a la regulación legal subyace un postulado equivalente al del principio de tolerancia especial.²⁰

Y simplemente para dar otra muestra: también la regla del art. 18, que establece límites máximos a la extensión de las penas privativas de libertad previstas por la Ley 20.084, se deja entender en términos del principio de tolerancia especial. Puesto que la tolerancia para con el quebrantamiento de normas jurídicas por parte de un menor de edad tendría que ser dependiente de la posición relativa en que el menor se encuentre al interior del correspondiente “periodo de prueba”, la tolerancia tendría que “ser mayor en la primera adolescencia y disminuir gradualmente a medida que se acerca la mayoría de edad”.²¹ Precisamente en estos términos cabe explicar, entonces, que el art. 18 fije un límite máximo de cinco años para las penas privativas de libertad susceptibles de ser impuestas sobre menores que al momento del hecho no alcanzan los 16 años de edad, mientras que tratándose de menores cuya edad supere este umbral el límite máximo duplica al anterior. Y esta última demarcación queda asociada, adicionalmente, a la restricción de la punibilidad de los hechos constitutivos de faltas al acotado catálogo establecido por el inc. final del art. 1º de la Ley 20.084, que sólo fundamentan responsabilidad, bajo este mismo régimen, para personas que al momento del hecho fueran mayores de 16 años.²²

¹⁹ Bustos, *op. cit.*, p. 56. Esto no implica, sin embargo, validar la atribución de una finalidad distintivamente preventivo-especial a la *imposición* de tales sanciones, tal como Bustos lo hace. Pues esto resulta incompatible con la interpretación ya sugerida —supra, nota 18— del art. 20. Cuestión enteramente distinta es, desde luego, que las condiciones de ejecución de las penas privativas de libertad hayan de favorecer la reintegración social del menor condenado, tal como dispone, en efecto, el art. 44 de la misma ley.

²⁰ Von Hirsch, *op. cit.*, pp. 78 s.

²¹ Von Hirsch, *op. cit.*, p. 77.

²² Véase Bustos, *op. cit.*, p. 26, quien ve en ello una concreción del principio de extrema *ratio*, no obstante denunciar, al mismo tiempo, el “fraude de etiquetas” implicado en la decisión legislativa de transformar la generalidad de las “faltas contenidas en la legislación vigente”, cuando ellas fuesen imputables a adolescentes, en “contravenciones de carácter administrativo”, susceptibles de ser juzgadas y sancionadas en los términos previstos por los arts. 102 A y siguientes de la Ley 19.968, de Tribunales de Familia; al respecto *ibid.*, pp. 31 ss., 95 s.

4. El principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva

En el marco del presente informe, lo que interesa es dar cuenta de la manera en que el principio de tolerancia especial puede arrojar luces acerca del sentido de la regla del art. 5° de la Ley 20.084, que establece los plazos a los cuales quedan sometida la prescripción de la acción y la prescripción de la pena bajo el régimen de responsabilidad jurídico-penal aplicable respecto de menores de edad. Para ello es necesario todavía formular explícitamente un principio, complementario del de tolerancia especial, que se deja reconocer en la misma regulación legal, que cabría caracterizar como un principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva a la cual puede quedar sometido un menor de edad.

Este principio se deja entender como una implicación del hecho de que la sanción penal susceptible de ser impuesta sobre un adolescente tenga que constituir una respuesta punitiva adecuada a la culpabilidad expresada en el hecho delictivo a él imputable, la cual, según ya se sugiriera, puede ser entendida como una proto-culpabilidad. La razón para ello se encuentra en una exigencia inmediatamente derivable del principio de culpabilidad: el merecimiento de la sanción de cuya imposición se trata presupone la relativa continuidad biográfica entre el “sujeto histórico”, que perpetra el hecho en el momento t_1 , y el “sujeto procesal”, a quien en efecto se imputa el hecho y sobre quien, consiguientemente, se impone la sanción en el momento t_2 .²³

Para la operación ordinaria del derecho penal (de adultos), esta exigencia de “identidad personal” sólo marginalmente parece volverse problemática, fundamentalmente tratándose de posibles casos extremos de “transformación personal”, en los cuales pudiera admitirse, entonces, una medida relevante de “inidentidad” entre el sujeto histórico y el correspondiente sujeto procesal.²⁴ Para la operación de un régimen de responsabilidad jurídico-penal de menores de edad, en cambio, el problema se vuelve considerablemente más significativo. Pues este régimen sancionatorio especial exhibe características particularísimas, que en su conjunto se dejan entender como implementaciones del ya mencionado principio de tolerancia especial, las cuales precisamente pueden ser entendidas como indicativas de la especificidad de la culpabilidad susceptible de verse expresada en un hecho de significación delictiva imputable a un menor de edad, esto es, de su proto-culpabilidad. Y esto significa, en consecuencia, que la adecuación material de la reacción punitiva al hecho punible imputable a un menor de edad presupone, *idealmente*, que exista congruencia entre

²³ Fundamental al respecto Silva Sánchez, Jesús: “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio «jurisdiccional» de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado”, en García Valdés *et al.*, *Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 661 ss., 672 ss.

²⁴ Véase Silva Sánchez, *op. cit.*, pp. 677 s.

su constitución personal al momento del hecho, por un lado, y su constitución personal al momento de ser impuesta (y ejecutada) la pena referida a ese hecho, por otro.

El problema que aquí se presenta, empero, concierne justamente a la posibilidad de que el reproche de culpabilidad dirigido a quien ha delinquido siendo todavía menor de edad se materialice, en la forma de la imposición de la pena correspondiente, en un momento en que esa persona ya haya dejado de serlo. Y esto representa un problema, porque el correspondiente régimen de responsabilidad especial se encuentra diseñado en referencia a la particular situación del menor de edad no sólo en tanto “sujeto histórico” que quebranta el derecho, sino fundamentalmente también en tanto sujeto de la imposición y ejecución de una o más de las sanciones previstas por la correspondiente regulación.

Aquí es imprescindible tener en cuenta que el problema recién identificado es, hasta cierto punto al menos, irresoluble. Pues en la medida en que el ordenamiento jurídico binariamente asocia la aplicabilidad de regímenes de responsabilidad diversos según si, al momento del hecho, la persona de cuya responsabilidad se trata es o no mayor de edad, resulta imposible excluir la posibilidad de que el juzgamiento de un hecho perpetrado en un momento en que esa persona era todavía menor de edad tenga lugar cuando esa misma ya haya adquirido el estatus de mayor de edad. Precisamente esto explica la decisión plasmada en el art. 56 de la Ley 20.084: en tal caso, el imputado o condenado “continúa sometido a las normas de esta ley” hasta el término del proceso.²⁵

Pero el hecho de que esa posibilidad no pueda ser enteramente neutralizada no significa que el margen de inadecuación entre la proto-culpabilidad expresada en el hecho punible imputable al menor de edad, por un lado, y la reacción punitiva materializada cuando este mismo individuo ya se ha vuelto mayor de edad, por otro, no pueda ser institucionalmente reducido. Y aquí hay que notar que ese margen de inadecuación será mayor mientras mayor sea la edad de la persona al momento en que se le imponga la correspondiente sanción penal con arreglo a las normas de la Ley 20.084. De ahí que, en pos de reducir ese margen de inadecuación, la legislación haya de implementar mecanismos tendientes a favorecer un juzgamiento temporalmente lo menos distanciado posible del momento del hecho imputable al respectivo menor de edad. Estos mecanismos serán indicativos, en tal medida, de la adopción legislativa de lo que cabría caracterizar, según ya se sugiriera, como el principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva.

²⁵ Si la adquisición de la mayoría de edad se produce ya concluido el procedimiento, pero antes de la completa ejecución de una pena de internación en régimen cerrado que hubiese sido impuesta sobre ella, entonces rigen las reglas de los incisos 2º y siguientes del mismo art. 56.

Semejante principio encuentra apoyo institucional explícito, por de pronto, en el art. 40.2, letra b), iii), de la Convención sobre Derechos del Niño, que dispone que “todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes” se garantice “[q]ue la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente [...]”. Precisamente, esta norma ha sido entendida al modo de una exigencia intensificada de que el proceso respectivo se lleve adelante sin demoras, la cual no sería reducible a la exigencia general, derivada del principio del debido proceso y aplicable respecto de toda persona, de que el juzgamiento tenga lugar sin dilaciones indebidas.²⁶ Lo anterior se ve decisivamente reforzado por lo dispuesto en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como las “Reglas de Beijing”,²⁷ cuyo punto 20.1 reconoce un principio de “prevención de demoras innecesarias” en los siguientes términos:

Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias.

El comentario explicativo de su sentido y alcance, incorporado inmediatamente a continuación de la formulación de la regla, resulta especialmente ilustrativo:

La rapidez en la tramitación de los casos de menores es de fundamental importancia. De no ser así, peligrarían cualesquiera efectos positivos que el procedimiento y la resolución pudieran acarrear. Con el transcurso del tiempo, el menor tendrá dificultades intelectuales y psicológicas cada vez mayores, por no decir insuperables, para establecer una relación entre el procedimiento y la resolución, por una parte, y el delito, por otra.

El tenor del comentario se ajusta particularmente bien al fundamento que aquí se ofrece para el principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva. En efecto, lo decisivo resulta ser la referencia que el comentario hace a la relación que el imputado ha de poder establecer entre el juzgamiento (“el procedimiento y la resolución”), por un lado, y el hecho delictivo que se le imputa, por otro. Justamente aquí se encuentra la clave que sustenta el desiderátum de que la distancia temporal entre el hecho delictivo y su juzgamiento sea la menor posible: mientras más diferido en el tiempo sea el juzgamiento, menor será la probabilidad de que la eventual reacción punitiva sea interpretada por la persona eventualmente condenada como la respuesta jurídicamente adecuada al hecho que se le imputa, que es precisamente el hecho en el cual, en los términos aquí favorecidos, se expresa la proto-culpabilidad de un menor de edad.

²⁶ En este sentido Couso y Duce, *op. cit.*, pp. 68 s.

²⁷ Y acordadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su sesión plenaria N° 96, con fecha 29 de noviembre de 1985.

El principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva, así fundamentado, se hace reconocible en el diseño del régimen procesal al cual queda sometida la comprobación de la eventual responsabilidad jurídico-penal de una persona por un hecho de significación delictiva perpetrado con anterioridad a su adquisición de la mayoría de edad.²⁸ Muestra de ello son la fijación de un plazo máximo de seis meses para la investigación, según lo establecido en el art. 38, así como la exigencia de que la eventual audiencia de juicio oral haya de tener lugar no antes de quince días ni después de treinta días desde la notificación del correspondiente auto de apertura, tal como dispone el art. 39.²⁹ En lo que aquí interesa, y como se mostrará a continuación, el principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva también se deja reconocer en la fijación de plazos de prescripción de la acción penal y de la pena que resultan considerablemente más breves que aquellos previstos por el Código Penal.

5. La “especialidad” de los plazos de prescripción del art. 5º de la Ley 20.084

El art. 5º de la Ley 20.084 establece los siguientes plazos de prescripción de la acción penal y de la pena: tratándose de hechos constitutivos de crímenes o bien de penas correspondientes a crímenes, cinco años; tratándose de hechos constitutivos de simples delitos o bien de penas correspondientes a simples delitos, dos años; y tratándose de hechos constitutivos de faltas o bien de penas correspondientes a faltas, seis meses.

Como es manifiesto, estos plazos resultan ser considerablemente más acotados que los previstos por los arts. 94 y 97 del Código Penal,³⁰ aunque sólo respecto de la acción penal referida a hechos constitutivos crímenes y de simples delitos, así como de la prescripción de las penas específicamente asociadas a crímenes o a simples delitos.³¹ Pues el Código Penal prevé plazos de quince y diez años, tratándose de crímenes y de sus penas, según si el hecho en abstracto tiene asignada una pena privativa o restrictiva de libertad a perpetuidad, tratándose de la prescripción de la

²⁸ En el contexto del derecho alemán, véase sólo Ostendorf, Heribert: *Jugendstrafrecht*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2007, núm. marg. 57.

²⁹ Véase Couso y Duce, *op. cit.*, pp. 230 ss.

³⁰ Como es obvio, esto no convierte a tales plazos en plazos de “prescripción de corto tiempo”, en el sentido en que esta expresión es utilizada en el inc. final del art. 94, así como en el inc. final del art. 103 del Código Penal. Véase Hernández, Héctor: “La prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal en la Ley 20.084”, en *Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil II*, DPP, Santiago, 2011, pp. 155 ss.

³¹ Véase al respecto Hernández, *op. cit.*, pp. 163 s.

acción penal, o bien si la sanción impuesta tiene esa naturaleza, tratándose de la prescripción de la pena; y un plazo de cinco años, tratándose de simples delitos y de sus penas. Tratándose de hechos constitutivos de faltas y de sus correspondientes penas, en cambio, el plazo de prescripción previsto por el Código Penal coincide con el señalado en la Ley 20.084, que es de seis meses en ambos contextos.

Esto último resulta ser de la mayor importancia desde el punto de vista de la tesis aquí defendida. Pues a primera vista al menos, parece difícil explicar que la Ley 20.084, estableciendo plazos de prescripción considerablemente más breves en materia de crímenes y simples delitos, no haga lo propio en materia de faltas, ámbito en el cual, según ya se indicara, el plazo es idéntico bajo uno y otro régimen de responsabilidad. Ello ha llegado a ser calificado como una extrañeza por parte de alguna parte de la doctrina.³² Pero la extrañeza se disipa una vez que el fundamento para la decisión legislativa plasmada en el art. 5º de la Ley 20.084 se identifica con el principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva por el hecho imputable a una persona menor de edad.³³

Pues más allá de lo problemático que resulta establecer la finalidad específicamente perseguida a través de la fijación de plazos de prescripción de diferente extensión según cuál sea la gravedad del respectivo hecho punible —tratándose de la prescripción de la acción penal— o bien la severidad de la pena en cuestión —tratándose de la prescripción de ésta—, lo cual a su vez puede estar condicionado por la determinación precisa de la “naturaleza” (sustantiva o procesal) de las reglas que los fijan,³⁴ en el presente contexto sólo interesa advertir que, bajo el régimen de responsabilidad previsto por la Ley 20.084, la considerable menor extensión de los plazos de prescripción tratándose de hechos constitutivos de crímenes y simples delitos, así como de las penas asignadas a ellos, se explica por un requerimiento de celeridad en el juzgamiento. Y este requerimiento de celeridad se ve a todas luces satisfecho a través de la fijación de un plazo de seis meses para la prescripción de la acción penal referida a hechos constitutivos de faltas, así como para la prescripción de las correspondientes a éstos, que es justamente el plazo previsto tanto por el régimen general del Código Penal como por el régimen especial de la Ley 20.084. En tal medida, que a este respecto sean idénticos los plazos prescripción en uno y otro contexto se deja simplemente explicar por razones pragmáticas, cuya pertinencia encuentra su límite en el así llamado “principio de no-empeoramiento” de la situación jurídico-penal de las personas menores de edad frente a la de los adultos,

³² Véase Bustos, *op. cit.*, pp. 33 s.

³³ Indiciariamente en este sentido Couso y Duce, *op. cit.*, p. 231, nota 70.

³⁴ Véase al respecto Mañalich, Juan Pablo: *Terror, pena y amnistía*, Flandes indiano, Santiago, 2010, pp. 208 ss., con ulteriores referencias.

que opera en la forma de una “prohibición de un tratamiento penal más severo al adolescente que al adulto”.³⁵

6. La regla especial de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal del art. 369 quáter del Código Penal

Establecida ya la *ratio* del art. 5º de la Ley 20.084 en el marco del régimen especial de responsabilidad por hechos imputables a personas menores de edad, cabe ahora examinar la pregunta de si el cómputo de los plazos de prescripción ahí señalados pudiese verse afectado por la regla del art. 369 quáter del Código Penal, que establece una suspensión del inicio del transcurso del plazo de prescripción de la acción “para el menor de edad que haya sido víctima” de alguno delitos tipificados en los párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro II del mismo código, plazo que empezará a correr “al momento que cumpla 18 años”.

Esta regla, establecida a través de la Ley 20.207, de 31 de agosto de 2007, modifica el régimen de prescripción de la acción penal tratándose de delitos de violación, estupro y abusos sexuales *lato sensu* (presuntamente) perpetrados sobre personas menores de edad. Y la modificación consiste en una suspensión del inicio del transcurso del plazo respectivo, suspensión que es relativa a la persona de la (presunta) víctima. Aquí hay que tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el inc. 3º del art. 369 del Código Penal, en relación con el art. 53 inc. 2º del Código Procesal Penal, el régimen de ejercicio de la acción penal referida a hechos de esas características es el propio de la acción penal pública. Sobre esta base, el carácter relativo del efecto suspensivo establecido en el art. 369 quáter se traduce en que el plazo de prescripción para el Ministerio Público corra de acuerdo con la regla general establecida por el art. 95 del Código Penal, a saber: “desde el día en que se hubiere cometido el delito”. Sólo en relación con la propia persona de la (presunta) víctima queda suspendido el inicio del transcurso del plazo de prescripción de la acción penal, hasta el momento en que ella cumpla los 18 años de edad. Y a partir de ese instante, el régimen de ejercicio de la acción penal pasará a ser, en consecuencia, el propio de la acción penal pública previa instancia particular, aunque cualificado como un régimen de denuncia (o en su caso, de querrela) personalísima: únicamente la (presunta) víctima queda facultada para habilitar al Ministerio Público para

³⁵ Véase Couso y Duce, *op. cit.*, pp. 316 ss., 319 ss., a propósito de la consagración del principio en el horizonte comparado; en referencia al derecho alemán, véase Ostendorf, *op. cit.*, núm. marg. 56. Bajo la Ley 20.084, el principio encuentra expresión en la regla del inc. 2º del art. 26, que impide la imposición de una pena privativa de libertad “si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza”.

que ejerza la acción penal, o bien para ejercerla por sí misma, dentro del plazo que empezará a correr el día en que ella haya adquirido la mayoría de edad.³⁶

7. Los plazos de prescripción de la acción penal del art. 5º de la Ley 20.084 frente al art. 369 quáter del Código Penal

Lo anterior tendría que bastar para dar cuenta de cuán anómala resulta ser la regla del art. 369 quáter. Sin embargo, aquí no interesa entrar en la cuestión de su legitimidad o ilegitimidad en general, sino únicamente responder la pregunta de si el efecto suspensivo del inicio del transcurso del plazo de prescripción ahí establecido también resulta operativo tratándose de un plazo de prescripción de la acción penal previsto por el art. 5º de la Ley 20.084, esto es, referido a un hecho imputable a una persona menor de edad. Valga la observación de que la cuestión sólo se planteará, como es obvio, en la medida en que el presunto hecho no quede comprendido por la regla del art. 4º de la Ley 20.084, que establece un obstáculo absoluto a la punición tratándose de delitos tipificados en los párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro II del Código Penal, en tanto perpetrados sobre personas menores de 14 años, siempre que la diferencia de edad entre autor y víctima no sea igual o superior a dos años, tratándose de una presunta violación, o igual o superior a tres años, en los demás casos.³⁷

Con ello, la pregunta resulta ser la siguiente: tratándose de un plazo de prescripción de la acción penal referido, verbigracia, a un presunto delito de violación o de abuso sexual perpetrado sobre un menor de edad por parte de un menor de edad (aunque mayor de 14 años), ¿ha de quedar sujeto su cómputo a la regla especial del art. 369 quáter? Como se mostrará a continuación, la respuesta es negativa.

La clave para ello se encuentra en el principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva al hecho imputable a un menor de edad. Pues la efectiva vigencia de este principio se vería radicalmente puesta en cuestión si el art. 369 quáter fuese interpretado de modo tal de resultar aplicable para el cómputo de plazos de prescripción establecidos en el art. 5º de la Ley 20.084. Pues imagínese el siguiente caso:

Justo antes de cumplir 23 años, la persona V denuncia al Ministerio Público haber sido penetrada por vía anal, a la edad de 11 años, por la persona A, que al momento del presunto tuviera 17 años de edad.

³⁶ Ello ciertamente es compatible que, en caso de que la propia víctima estuviese incapacitada de hacerlo, la denuncia o querrela pueda ser interpuesta por alguna de las personas indicadas en el inc. 2º del art. 108 del Código Procesal Penal, según corresponda.

³⁷ Ello, más allá de que al obstáculo a la punición se atribuya naturaleza sustantiva o bien naturaleza procesal; véase al respecto Mañalich, Juan Pablo: "Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual", en *Informes en derecho. Doctrina Procesal Penal 2011*, DPP, Santiago, 2012, pp. 23 ss., 63.

En tal caso, el hecho atribuido a A sería presuntamente constitutivo de una violación de un menor de 14 años, tipificada en el art. 362 del Código Penal. Tratándose de un hecho constitutivo de crimen, el plazo de prescripción de la acción penal, con arreglo al art. 5º de la Ley 20.084, es de cinco años. De resultar aplicable el efecto suspensivo (relativo) del inicio del transcurso del plazo de prescripción, la acción penal recién prescribiría para V el día en que éste cumpliera los 23 años de edad. Por ende, de efectuar V la denuncia antes de alcanzar los 23 años de edad, la acción penal podría ser ejercida en contra de A, por un presunto delito que éste habría cometido a la edad de 17 años, teniendo actualmente A una edad de 28 o 29 años, según cuál sea la fecha de su natalicio.

Asúmase ahora que la pena a ser impuesta sobre A, en caso de ser declarado culpable, resultase ser alguna de las indicadas en el N° 2 del art. 23 de la Ley 20.084. ¿Tendría sentido, en efecto, la imposición de una pena o bien de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, o bien de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, o bien de libertad asistida especial, sobre una persona cuya edad bordea los 30 años al momento de ser pronunciada la sentencia condenatoria? La respuesta tendría que ser negativa, desde ya si se repara en que, en los términos del art. 24 f) de la misma ley, uno de los criterios para la selección de alguna de esas tres penas alternativamente previstas como la pena a ser efectivamente impuesta sobre el condenado A está constituido por su idoneidad “para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y las libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social”. Pues parece del todo impertinente hablar siquiera de la contribución de la punición a un fortalecimiento del respeto “del adolescente” por los derechos y las libertades de sus semejantes, así como de la consideración de sus “necesidades de desarrollo e integración social” cuando “el adolescente” en cuestión ya es un treintañero o está ad portas de serlo.

Lo absurdo de esta última sugerencia se explica por su implicación, a saber: el manifiesto desconocimiento del principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva al hecho imputable al menor de edad.³⁸ Una vez reconocido este último principio, por el contrario, desaparece la premisa que lleva a la conclusión

³⁸ Una muestra especialmente crasa de tal desconocimiento se encuentra en la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa rol N° 749-2011-RPP, con fecha 20 de junio de 2011, cuyo considerando 9º simplemente constata que la regla del art. 369 quáter habría entrado en vigencia con anterioridad a la perpetración del hecho, lo cual bastaría para tenerla por aplicable para los efectos del cómputo de plazo de prescripción. La misma falta de toda fundamentación se advierte en la sentencia pronunciada por el Juzgado de Garantía de Puente Alto, RUC N° 0900099337-6, con fecha 28 de enero de 2011, cuyo considerando 15º se limita a invocar la disposición como obstáculo al reconocimiento de la atenuante privilegiada de la así llamada “media prescripción”.

absurda, premisa que está justamente constituida por la hipótesis de que la regla del art. 369 quáter del Código Penal reclamaría aplicabilidad tratándose de un plazo de prescripción concerniente a un hecho delictivo (presuntamente) imputable a una persona que, al momento del hecho, era todavía menor de edad. Y la razón para abandonar la premisa problemática es la siguiente: el art. 369 quáter del Código Penal establece una regla de cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal que se integra en el contexto más general de un régimen de responsabilidad jurídico-penal —el configurado por el Código Penal— diseñado para hacerse efectivo respecto de adultos. En tal medida, una interpretación del art. 369 quáter que lleva a negar su aplicabilidad para el cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal previstos por la Ley 20.084 no es otra que una interpretación fundada en el principio de especialidad del régimen jurídico-penal aplicable respecto de personas menores de edad,³⁹ uno de cuyos estándares de concreción está representado por el principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva.

Aquí puede ser importante despejar un posible malentendido. La tesis de la inaplicabilidad del art. 369 quáter tratándose de plazos de prescripción de la acción penal referidos a hechos cuya eventual punibilidad y penalidad queda sujeta a las normas de la Ley 20.084 no supone en modo alguno pasar por el alto el carácter supletorio que exhiben las reglas del Código Penal para todo aquello que no esté previsto por la propia Ley 20.084, según establece el inc. 2° de su art. 1°. Pues la tesis aquí defendida consiste simplemente en la falta de operatividad del efecto suspensivo previsto por el art. 369 quáter, ante lo cual ha de regir, a este respecto, la regla del art. 95 del Código Penal: el plazo de prescripción de la acción penal referida a un delito presuntamente imputable a un adolescente empieza a correr “el día en que se hubiere cometido el delito”.⁴⁰

Precisamente en este último sentido se ha pronunciado, categóricamente, la Corte Suprema en un muy importante fallo reciente de su segunda sala,⁴¹ el cual, reconociendo cabalmente la especialidad del régimen de responsabilidad jurídico-penal establecido por la Ley 20.084, resolvió que una condena pronunciada bajo las nor-

³⁹ Véase Laudenthal, Klaus, Baier, Helmut y Nestler, Nina: *Jugendstrafrecht*, 2ª ed., Springer, Heidelberg, 2010, núm. marg. 63, quienes en referencia al derecho alemán llaman la atención acerca de que, por defecto, las reglas sobre prescripción de la acción penal previstas por el Código Penal son concernientes a las consecuencias jurídicas del derecho penal de adultos, razón por la cual se estima necesaria la remisión explícita que a tales reglas introducida por el § 4 de la Ley de Tribunales de Jóvenes (*Jugendgerichtsgesetz*).

⁴⁰ Sobre el problema asociado a la determinación del momento de “la comisión del delito” tratándose de hechos constitutivos de delitos permanentes, así como en general de delitos cuya consumación no (necesariamente) coincida con su terminación, véase Mañalich, *op. cit.* (nota 34) pp. 164 ss., 209.

⁴¹ Rol N° 4419-2013, de 17 de septiembre de 2013.

mas de esta última ley no puede ser considerada para fundamentar una agravante por reincidencia en relación con un hecho punible posterior, imputable a la misma persona, y sometido al régimen de derecho penal de adultos.⁴² Pues bien, en su fundamentación de esta determinación, la Corte se ocupó pormenorizadamente del alcance del carácter supletorio que el art. 1º inc. 2º confiere a las normas del Código Penal, en el entendido de que ello ha de resultar compatible con la “especialidad” del régimen jurídico-penal aplicable a menores de edad. A este respecto, la Corte sostuvo que

el Código Penal y las demás leyes penales especiales, tienen únicamente un carácter “supletorio” respecto del sistema de responsabilidad penal consagrado en la Ley N° 20.084, es decir, cumplen o integran lo que falta en esta ley, o remedian sus carencias [...]. Por tanto, deberá acudirse a las disposiciones del Código Penal o de otras leyes especiales sólo en aquello que suplan una carencia del sistema de responsabilidad penal adolescente establecido en la Ley N° 20.084, o lo complementen, para lo cual necesariamente el precepto extraño en el que se busca auxilio, deberá reforzar, servir y vitalizar el sistema de responsabilidad penal adolescente creado por dicho cuerpo normativo, descartando naturalmente toda norma que contrarie no sólo su texto, sino también, conforme al inciso 2º del artículo 2º de La Ley N° 20.084, los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes infractores, en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (cons. 7º).

La propia Corte no deja lugar a duda alguna en cuanto a las consecuencias que se siguen de esta comprensión del carácter supletorio de las normas del Código Penal, al afirmar que

será un desacierto recurrir mecánica e irreflexivamente a todas las instituciones regladas en el Código Penal y demás leyes especiales, que la Ley N° 20.084 no trata expresamente o cuya aplicación no descarte de manera explícita, pues el intérprete, más aún el judicial, debe también verificar si la materia regulada por el precepto dubitado va a colmar o complementar un área que requiere integración a la luz de los principios y postulados que rigen el sistema de responsabilidad

⁴² Con ello, la Corte Suprema hizo suya una línea de decisión ya significativamente asentada en el nivel de la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones. Véase al respecto, y a modo de ilustración, las sentencias de la Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 262-2010, de 27 de septiembre de 2010, en su considerando 19º; de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol N° 245-2011, de 4 de abril de 2011, en su considerando 4º; de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N° 1633-2011, de 20 de enero de 2012, en su considerando 6º; de la Corte de Apelaciones Rancagua, rol N° 98-2012, de 30 de abril de 2012, en sus considerandos 7º y 8º; de la Corte de Apelaciones de Iquique, rol N° 57-2012, de 10 de julio de 2012, en su considerando 5º.

penal adolescente, ya sea que se hallen en la propia Ley N° 20.084, o en la Constitución o en algún Tratado internacional. Tal ejercicio hermenéutico podrá llevar a decidir que determinadas instituciones, pese a no ser expresamente desarrolladas ni proscritas por la Ley N° 20.084, no pueden integrar el sistema que ella consagra, sencillamente porque éste no tiene las carencias o vacíos en el aspecto que gobierna ese instituto, en pocas palabras, la norma dubitada le es asistemática (cons. 7°).

Esta última es precisamente la caracterización adecuada de la regla del art. 369 quáter del Código Penal en relación con el régimen de responsabilidad establecido por la Ley 20.084: se trata de una regla que, para usar la fórmula de la Corte Suprema, “le es asistemática”. En tal medida, la regla no resulta aplicable para el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal referida a un delito presuntamente imputable a una persona que, al momento del hecho, fuese menor de 18 años.

Diseño y producción:
Gráfica Metropolitana

La presente obra de 1.500 ejemplares se terminó de imprimir
en noviembre de 2013



Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

www.dpp.cl