

INFORMES EN DERECHO

ESTUDIOS DE DERECHO

PENAL JUVENIL V

Nº 14 • Diciembre 2014

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

INFORMES EN DERECHO

ESTUDIOS DE DERECHO
PENAL JUVENIL V

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública
Santiago de Chile • Diciembre de 2014

Comité Editorial

Gonzalo Berríos Díaz
Viviana Castel Higuera
Camila Chadwick Costa
Ximena Chandía Cuevas
Jorge Moraga Torres
Leonardo Moreno Holman
Catalina Sadá Muñoz
Luis Venegas Diez
Francisca Werth Wainer

Directora Responsable

Viviana Castel Higuera

Editor “Estudios de Derecho Penal Juvenil”

Gonzalo Berríos Díaz

© 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° 249.006

Santiago - Chile

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

I.S.B.N. N° 978-956-8349-40-0 (Volumen N° 14)

Producción y Edición:

Defensoría Nacional

Defensoría Penal Pública

Índice

Presentación.....	7
I Castigando la pobreza: el enfoque a escala y la práctica de la justicia juvenil Tim Bateman	9
II Procedencia y regulación de la privación de libertad de personas condenadas por la Ley 20.084 en establecimientos penitenciarios administrados por Gendarmería de Chile Miguel Cillero Bruñol.....	25
III Teorizando los derechos de los niños dentro de la justicia juvenil: el significado de la autonomía y los derechos fundacionales Kathryn Hollingsworth.....	55
IV La Corte Suprema de los Estados Unidos adopta un estándar de joven razonable en J.D.B. v. North Carolina para los efectos del análisis de la custodia en Miranda: ¿estamos cerca de un sistema de justicia más razonable para los jóvenes? Marsha I. Levick y Elizabeth-Ann Tierney	85
V Influencia de los avances en neurociencias en las decisiones judiciales en el derecho penal juvenil Ezequiel Mercurio N.	115
VI Transferencias de políticas y lo “que funciona”: algunas reflexiones sobre la justicia juvenil comparativa John Muncie.....	137
VII Reparación y retribución: ¿son reconciliables? Lucia Zedner	151
VIII La justicia en materia de niños en conflicto con la ley: ley modelo sobre justicia juvenil Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)	181

Presentación

La Defensoría Penal Pública de Chile tiene el agrado de publicar el quinto número de sus *Estudios de Derecho Penal Juvenil*, publicación especializada única en el país que trata sobre diversos aspectos de relevancia para la justicia penal de adolescentes. Su finalidad es contribuir en la comprensión del derecho penal aplicable a los adolescentes como un derecho penal especial, con derechos y garantías reforzados en razón de las características particulares del sujeto y de las exigencias de las normas internacionales de Derechos Humanos que rigen la materia. Lo anterior cobra especial relevancia puesto que el presente volumen coincide con el Vigesimo Quinto aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

En este N° 5 se contemplan numerosos estudios y artículos de autores extranjeros y nacionales de primer nivel, cuyos análisis jurídico-dogmáticos y de carácter político-criminal tratan sobre asuntos tan diversos como: la concepción de la autonomía en el marco de los derechos de los niños; la elaboración de un estándar de joven razonable en la valoración penal como parámetro distinto del criterio de adulto razonable; el impacto de las neurociencias en la justicia juvenil; el debate sobre el papel de la reparación en la justicia penal; una reflexión crítica acerca de las transferencias de políticas en el marco de las autodenominadas políticas de “what works”, así como sobre el modelo inglés del “enfoque a escala” basado en factores de riesgo; un análisis sobre el traslado de adolescentes a secciones juveniles de Gendarmería; y, finalmente, una Ley Modelo de Justicia Juvenil elaborada por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).

Estamos convencidos que la difusión de estudios y propuestas como las que se incluyen en estos *Estudios de Derecho Penal Juvenil* permiten ampliar los horizontes del debate nacional sobre la justicia juvenil, así como desarrollar contenidos especializados en la argumentación jurídica y en la decisión judicial relativa a los adolescentes.

I. Castigando la pobreza: el enfoque a escala y la práctica de la justicia juvenil*

TIM BATEMAN
 PROFESOR DE JUSTICIA JUVENIL
 UNIVERSIDAD DE BEDFORDSHIRE

Resumen: El enfoque a escala, que proporciona el marco para la determinación de los niveles de intervención para niños infractores de la ley en Inglaterra y Gales, podría ser visto como una culminación lógica de la penetración en la justicia juvenil de una política y práctica de aversión al riesgo. Este artículo cuestiona la medida en la que el modelo es compatible con los derechos humanos de los niños, y argumenta que la construcción de una intervención, desde la perspectiva del riesgo, es probable que sea incompatible con el trabajo eficaz a favor de los niños en problemas.

Aunque el gobierno del Nuevo Laborismo no tardó en hacer cambios radicales en el sistema de justicia juvenil desde el momento de su elección en 1997 (Goldson 2000), una de las más importantes –y podría decirse– más lamentables modificaciones, no se introdujo si no hasta noviembre de 2009. La orden de rehabilitación juvenil [*youth rehabilitation order*] (YRO) reemplazó todas las órdenes en la comunidad existentes para los jóvenes con respecto a los delitos cometidos después del 30 de noviembre de 2009 (Gran Bretaña 2008, Sección 1). Aunque anunciada por el entonces gobierno como una salida de largo alcance que permitiría a los tribunales adaptar la sentencia a las circunstancias individuales de los jóvenes acusados, prácticamente la totalidad de las 18 posibles condiciones de la YRO estaban disponibles anteriormente como disposiciones, ya sea como órdenes independientes, o como condiciones de supervisión (Nacro 2010). Las reformas introducidas por las provisiones legales fueron, por lo tanto, relativamente modestas y en gran parte no fueron, de

* NOTA: agradecemos al profesor Bateman su autorización para traducir y publicar este artículo, originalmente impreso en *The Howard Journal of Criminal Justice* Vol. 50 N°2, 2011.

por sí, problemáticas. Sin embargo, el cambio legislativo fue acompañado por la introducción de lo que el Youth Justice Board para Inglaterra y Gales denomina “enfoque a escala” [*scaled approach*] (Youth Justice Board 2010a), una forma altamente sistemática de intervención priorizando el riesgo, y es esta última innovación la que es, en opinión del autor, lamentable.

Aunque no forma parte de las provisiones legales, ni es una continuación lógica de la nueva orden genérica, el enfoque a escala está consagrado en la última edición de las Estándares Nacionales para la Justicia Juvenil y de Orientación para la Gestión de Casos, emitidos para coincidir con la aplicación de la YRO (Youth Justice Board 2010b, 2010c). Por lo tanto, según la mayoría de los expertos, las dos innovaciones parecen ser dos caras de la misma moneda

El contexto

El enfoque a escala puede entenderse como la culminación de la evolución derivada de un cambio de paradigma, cuya influencia se puede empezar a detectar a partir de la primera parte de la década de 1990, en el que las respuestas a la conducta delictiva cada vez han estado más dedicadas a la gestión de la población delinencial a través de la minimización de los riesgos, que a las metas tradicionales de la rehabilitación o retribución (Feeley y Simon 1992). El impulso para este cambio fue notado inicialmente con mayor intensidad por los que trabajan con los delinquentes adultos (Kemshall 1998), pero la gestión de riesgos ha sido posteriormente adoptada como razonamiento dominante para la intervención en la justicia juvenil (Kempf- Leonard y Peterson 2000; Phoenix 2009).

Existe también una especie de consenso entre los comentaristas críticos, que la política y la práctica de la justicia juvenil desde principios de 1990 se ha convertido cada vez más en punitiva (véase, por ejemplo, Goldson (2002); aunque para una postura discrepante, véase Matthews (2005)). Se afirma que este “giro punitivo” (Muncie 2008, p. 107), ha dado lugar a una demonización de los niños (Brown 2009), concretamente expresada en niveles más bajos de *diversion* en el proceso penal, formas cada vez más intervencionistas de las disposiciones comunitarias, y -al menos hasta hace poco- en históricamente altos niveles de encarcelamiento de niños menores de 18 años (Nacro 2005).

Por supuesto, las dos tendencias no deben confundirse. En el doble discurso de actuarialismo y la “búsqueda moralista de la penalidad” (Young, 1999, p. 119) puede que se haya dado una coincidencia, pero no son equivalentes lógicos. De hecho, las estrategias de gestión de riesgos tienden a evitar asuntos de proporcionalidad o desproporcionalidad, ya que se basan en la preocupación por lo que la persona joven pueda hacer en el futuro en lugar de lo que él o ella ya haya hecho (Cadman 2005). No obstante, Muncie (2006) ha argumentado convincentemente que las intervenciones priorizando el riesgo están entre los mecanismos por los cuales los resultados más punitivos están mediados como: ‘el riesgo está identificado cada vez más con construcciones patológicas de la

irresponsabilidad deliberada, incorregibilidad, y fracaso familiar o individual' (p. 781). Si esta relación es pertinente, entonces, los dos paradigmas tenderán a reforzarse mutuamente.

Tal y como Hudson (2003) señala, el enfoque hacia la minimización del potencial de daño presupone inevitablemente la capacidad de cuantificar y predecir el riesgo, lo cual tiende a estimular el desarrollo de medidas actuariales expresamente diseñadas para ese propósito. En el campo de la justicia juvenil esta tendencia se ha manifestado a través del *Asset*, un instrumento de evaluación por el que deben de pasar todos los niños que ingresan en el sistema de justicia penal (Annison 2005; Baker, 2005).

Asset fue desarrollado en 1999 por la Universidad de Oxford, a instancias del recién formado Youth Justice Board (Annison 2005). La intención era de proporcionar un marco de evaluación común para los nuevos equipos multi-agencia de delincuencia juvenil, que difieren en áreas relevantes de los instrumentos que se utilizan con los adultos: "para reflejar los riesgos y las necesidades particulares de los jóvenes que delinquen" (Baker 2004, p. 70). A pesar de tales diferencias, *Asset* y los perfiles de evaluación para los delinquentes mayores son igualmente dependientes de lo que se conoce como el "paradigma de prevención de los factores de riesgo" (véase, por ejemplo, Haines y Case 2008). Los doce dominios del *perfil central de Asset* [Core Asset profile] reflejan una gama de potenciales factores de riesgo que la investigación ha encontrado correlacionada con el comportamiento delictivo entre los jóvenes. El proceso de evaluación requiere que los profesionales identifiquen la medida en que las circunstancias del joven individuo -tales como "situación de vivienda", "la familia y las relaciones personales", "educación, formación y empleo" o "abuso de sustancias"- están asociadas con la probabilidad de continuidad delictiva. Esto se registra en forma de una calificación atribuida a cada dominio en una escala de 0 (no asociada en absoluto) a 4 (muy fuertemente asociada) (Youth Justice Board, sin fecha). La agregación de estas puntuaciones se considera entonces para proporcionar una indicación del riesgo total de reincidencia para ese niño (Baker 2004).

Hasta el año 2009, el uso del *Asset* estaba, para efectos prácticos, limitado a la identificación de las áreas de necesidad 'criminógenas' para proporcionar información para el desarrollo de la planificación de intervenciones (Baker 2005). De cara al marco legal, la *magnitud* de la intervención estaba limitada por lo que constituiría una respuesta proporcionada; el deber legal de prevenir la delincuencia quedaba entonces satisfecho al asegurar que el contenido de la intervención fuese consistente con una evaluación de lo que era necesario abordar para que el riesgo de reincidencia fuese reducido (Nacro 2003). El marco, en consecuencia, tenía dos elementos: cualquier restricción a la libertad de un niño quedaba determinada por la gravedad de su conducta delictiva; una vez que el alcance del castigo legítimo había sido establecido por el tribunal, la naturaleza de los elementos de la supervisión reflejarían la evaluación del riesgo realizada por el profesional de la justicia juvenil.

La introducción del enfoque a escala pretende prescindir de la primera parte del marco anterior. El riesgo de reincidencia evaluado, o de daño a los demás,

según lo determinado por *Asset*, ahora pretende dictar el *nivel* de intervención (Youth Justice Board 2010a), así como el contenido. El enfoque a escala podría, en consecuencia, ser considerado como la institucionalización del imperativo de la reducción del riesgo en el momento de la sentencia.

No es que se haya producido un cambio formal en el marco legal de la sentencia. La guía definitiva sobre la condena a jóvenes del ‘Consejo para las directrices sobre las sentencias’ [*Sentencing Guidelines Council*] (2009, p. 4) confirma que la seriedad del delito sigue siendo ‘el punto de partida’. Cualquier restricción a la libertad debe ser proporcional a la gravedad del delito. También se requiere que los tribunales tengan en cuenta la prevención de la delincuencia y el bienestar del niño (Sentencing Guidelines Council 2009). No obstante, aunque la única referencia explícita al enfoque a escala está en una nota a pie de página, el documento sí reconoce que los informes previos a la sentencia, preparados en casos juveniles, identificarán el nivel pertinente de intervención basado en la evaluación de riesgo del equipo de delincuencia juvenil. Por otra parte, los Estándares Nacionales establecen que, al llegar a una recomendación, los autores del informe deberán usar la puntuación de *Asset* para establecer el nivel adecuado de contacto obligatorio. En este contexto, las normas no hacen referencia ni a la gravedad del delito, ni al bienestar del niño (Youth Justice Board 2010b). Sin embargo, en ausencia de un cambio legislativo, los profesionales de justicia juvenil y los tribunales están, por lo tanto, animados a permitir que el riesgo sustituya a consideraciones de “merecimiento” en la práctica.

Habiendo promovido el nuevo modelo que prioriza el riesgo, tras meses de aplicación, el Youth Justice Board anunció una revisión de dos años del marco de evaluación de la justicia juvenil, lo que sugiere una posible falta de confianza en los mismos componentes básicos en que se basa su propia innovación, y dando lugar a la posibilidad de que el enfoque a escala pueda necesitar una revisión importante, o tal vez, incluso ser abandonado a su debido tiempo. Según el YJB:

El paradigma del riesgo y los factores de protección, el cual es uno de los elementos clave del marco actual de evaluación y planificación, ahora es objeto de un creciente debate en la literatura académica, mientras que al mismo tiempo hay un creciente énfasis sobre el desarrollo de modelos teóricos y prácticos basados en el desistimiento (Teli 2010, p.3).

A la luz de ese reconocimiento, es oportuno:

- someter a un examen crítico algunos de los supuestos básicos de dicho enfoque que el YJB ha defendido hasta ahora;
- explorar la medida en que el modelo es consistente con los derechos humanos de los niños; y
- considerar la posibilidad de que consecuencias no deseadas tengan un impacto adverso sobre los niños infractores de la ley y que impidan su práctica eficaz.

Los fundamentos del enfoque a escala: calculando la medida adecuada del castigo

Como se señaló anteriormente, el *Asset* genera una puntuación numérica para el riesgo de reincidencia, y requiere que los profesionales evalúen el grado en que una serie de doce "factores de riesgo dinámicos" están asociados con la probabilidad de más delitos. Durante el desarrollo del enfoque a escala, se determinó que complementando al riesgo dinámico con las puntuaciones obtenidas a partir de cuatro factores "estáticos" se generaría una mejor predicción de la reincidencia. Cada uno de estos factores adicionales -delito actual; edad de la primera amonestación o advertencia; edad de la primera condena; y el número de condenas anteriores- también tiene un rango de puntuación de 0 a 4. En la mayoría de los casos, el resultado final, en una escala de 0 a 64, determina a cuál de los tres niveles de intervención -estándar, aumentado o intensivo- el joven debe ser asignado, como se muestra en la Tabla 1 (Youth Justice Board 2009).

Los jóvenes evaluados como un riesgo de daño grave a otros, constituyen una excepción a esta regla general, ya que el riesgo de daño toma prioridad sobre el riesgo de reincidencia. Como se observa en la Tabla 1, los niños que se considera que representan un riesgo medio de grave daño, caen dentro de la banda de intervención aumentada, incluso aunque si su puntuación de *Asset* no lo mereciese; del mismo modo, aquellos evaluados como de alto o muy alto riesgo, están sujetos automáticamente a la intervención intensiva independientemente de su puntuación. Sin embargo, son relativamente pocos los jóvenes que dan lugar a una evaluación de grave daño (Baker 2004); para la gran mayoría, el número de contactos obligatorios a los cuales el niño deberá asistir está determinado por el mecanismo de puntuación estándar. Los argumentos aducidos en este artículo se refieren principalmente a las consecuencias de este último proceso.

TABLA 1

La relación entre el riesgo evaluado y el nivel de intervención

	Puntuación de <i>Asset</i> de 0-14 y bajo riesgo de daños graves	Puntuación <i>Asset</i> de 15-32 o riesgo medio de daños graves	Puntuación de <i>Asset</i> de 33-64 o alto / muy alto riesgo de daños graves
Nivel de intervención	Estándar	Aumentado	Intensivo
Contactos mínimos al mes durante las 12 primeras semanas	2	4	12

(Fuente: derivado del Youth Justice Board 2010a)

Hay que reconocer, también, que hay cierto margen incorporado en el modelo para que el criterio profesional se sobreponga a la evaluación inicial. Sin embargo, la influencia del 'principio de precaución', según el cual los profe-

sionales tienden a adoptar posiciones defensivas a la hora de tomar decisiones (Kemshall 1998; Ansbro 2010), conlleva a que el uso de dicho recurso sea escaso.

Las limitaciones de la predicción del riesgo

El paradigma de los factores de riesgo en el que se basa el marco de evaluación de *Asset*, ha sido correctamente criticado por mantener un foco sobre el déficit individual en el que 'el riesgo se convierte en un síntoma del individuo y el énfasis se traslada lejos de las desigualdades sociales estructurales' (Case y Haines 2009, p. 23). Desde la perspectiva actual, un problema aún más fundamental de los instrumentos actuariales es que las predicciones de riesgo futuro para niños *individuales* se basan en inferencias derivadas a partir de las probabilidades provenientes de la población *en general* (Smith 2006). Esto inevitablemente impone límites sobre la exactitud de lo primero.

Esto no quiere decir que este tipo de instrumentos no tenga valor predictivo. La segunda de las dos evaluaciones realizadas en nombre del Youth Justice Board concluye que los profesionales 'pueden tener confianza a la hora de usar *Asset* como un predictor de riesgo' (Baker et al., 2005, p. 7). Aun así, en casi uno de cada tres casos, la evaluación falló a la hora de predecir el resultado correcto tras un período de seguimiento de dos años. Estos pronósticos erróneos se dividían por partes iguales entre los falsos negativos y falsos positivos -de manera que casi uno de cada seis jóvenes que, en base a la puntuación de *Asset*, se preveía que iban reincidir, en realidad, no lo hacían. El enfoque a escala requiere un mayor nivel de intervención en estos casos que no se justifica con el argumento de que se requiere para reducir la reincidencia o como una respuesta proporcionada a la conducta de la persona joven. Dado que la intervención es obligatoria y ejecutable (en otras palabras, un castigo), la posible infracción de los derechos humanos de los niños implícita en el modelo es considerable.

Es instructivo, también, considerar el poder predictivo de *Asset* hacia la 'parte frontal' del sistema, por la que los jóvenes inicialmente entran. La evaluación del YJB indica que la puntuación de *Asset* predijo con éxito la reincidencia en los doce meses posteriores a una advertencia final para el 65,9% de los casos, un resultado que los autores afirman que es indicativo de que la herramienta funciona 'muy bien' en la etapa pre-judicial (Baker et al., 2005, p. 24). Los datos que se presentan, sin embargo, demuestran que un mayor nivel de 'precisión predictiva' se lograría simplemente asumiendo que ningún niño que haya recibido una advertencia final, reincidiría dentro del plazo pertinente. Este resultado contra-intuitivo es una consecuencia del hecho de que la gran mayoría de los niños sujetos a disposiciones pre-judiciales no vienen a la atención del sistema de justicia juvenil de nuevo. En este caso particular, el 68,1% de la muestra no reincidió en el plazo de un año. Por lo tanto, como se muestra en la Tabla 2, una predicción de desistimiento total sería más exacta -por 2,2 puntos porcentuales -que la obtenida a partir de las puntuaciones *Asset*. Las cifras del cuadro resaltadas en negrita [50,6% y 15,3%] indican predicciones de *Asset* correctas (que al sumarse dan la 'validez predictiva' de *Asset*); la cifra en cur-

siva [68,1%] muestra la 'validez predictiva' de una suposición general de que no se darán más delitos.

TABLA 2

Reincidencia según la puntuación de *Asset* tras una advertencia final.

	Sin condena nueva en un plazo de 12 meses	Con condena nueva en un plazo de 12 meses
La puntuación de <i>Asset</i> predice un bajo riesgo	50,6%	16,6%
La puntuación de <i>Asset</i> predice un alto riesgo	17,6%	15,3%
Total	68,1%	31,9%

(Fuente: derivado de Baker et al 2005)

La explicación de este resultado es, simplemente, que el desistimiento es más común entre los jóvenes cuyos delitos no sean persistentes o graves; en consecuencia, la diferencia en la tasa de reincidencia para el grupo de bajo riesgo (puntuación *Asset* de 0-12) y el grupo de mayor riesgo (puntuación *Asset* de 13-48) fue relativamente modesta, en 16,6% y 15,3% respectivamente. Además, tal y como los autores reconocen contundentemente: 'tal vez sorprendentemente, la tasa de reincidencia entre las puntuaciones más altas es inferior a la del grupo de puntuaciones bajas' (Baker et al 2005, p. 22.).

De manera más general, tras un año la tasa de reincidencia aumenta en línea con la intensidad de la disposición impuesta, que es en sí misma una indicación aproximada de la gravedad o persistencia de la conducta criminal. En el 2008, mientras que sólo el 25,2% de aquellos que recibían una disposición pre-judicial llegaban de nuevo a la atención del sistema en el plazo de doce meses, las cifras equivalentes para las sanciones de primer nivel [first-tier], ordenes comunitarias y custodia fueron del 45,6%, 67,6% y 74,3%, respectivamente (Ministry of Justice 2010a). Esta es una consideración relevante ya que sugiere que la proporcionalidad -la base utilizada hasta ahora para determinar la intensidad de la intervención- no sólo ofrece un mecanismo para determinar una legítima restricción de la libertad en un caso particular, que es consistente con un enfoque honesto, basado en los derechos, sino que también proporciona un predictor de la delincuencia futura relativamente bueno, que en algunas circunstancias, puede superar a *Asset*.

Se podría objetar que las cifras de la evaluación de los *Asset* son anteriores a la ampliación del sistema de puntuación a través de la incorporación de factores estáticos. Sin embargo, una investigación somera de este mecanismo de puntuación añadido plantea interrogantes sobre si las revisiones realmente aumentan la capacidad de los profesionales para evaluar el riesgo. Es conveniente considerar algunos ejemplos. En relación con el delito actual, la puntuación máxima de 4 está reservada para las infracciones de tráfico, robo de vehículos, o toma no autorizada de un vehículo; el robo con violencia obtiene un 3; y *cualquier* otra forma de criminalidad obtiene una calificación de cero. Si bien puede parecer contradictorio que el robo de un coche pueda ser un indicador

más significativo del riesgo que, por ejemplo, el robo con violencia, tal resultado es consistente con la filosofía del enfoque de escala donde la puntuación es indicativa del riesgo de reincidencia en sí misma, sin tener en cuenta la naturaleza de la violación de la ley posterior. En el momento de la primera evaluación de *Asset*, realizada durante el año 2003:

Los jóvenes cuyo principal delito del índice fuera un delito de robo en casa o una infracción de tráfico tenían más probabilidades de ser condenados de nuevo en los siguientes 12 meses que aquellos jóvenes cuyo principal delito del índice fuera otro tipo de delito. (Youth Justice Board 2010a, p. 17)

El problema es que las cosas han cambiado significativamente desde que se identificó aquel patrón estadístico. Los datos del Youth Justice Board indican que, durante el año 2003/04, hubo 80.373 infracciones de tráfico / robos de un vehículo que llevan a una disposición sustancial de la justicia juvenil (Youth Justice Board 2004). Para el 2008/09, la cifra se había reducido en más de dos tercios a 27.191 (Ministry of Justice 2010b). Cualquiera que fuese la explicación para este dramático descenso, es inconcebible que no haya repercutido en el patrón de reincidencia.

La edad de la primera disposición pre-judicial es un factor adicional que repercute en la puntuación de riesgo final. Una primera reprimenda o advertencia final dada entre las edades de diez y doce años obtiene a una puntuación de 4; una puntuación de 2, si fue dada a una edad mayor. La lógica está, de nuevo, basada en el análisis actuarial que muestra que la iniciación temprana se asocia con un mayor riesgo de reincidencia posterior. Pero cuando un niño es reprendido por un incidente menor de hurto en tiendas poco después de su décimo cumpleaños, pero logra mantener buena conducta hasta la edad de 17 años, parece perverso que el delito anterior deba considerarse como un factor que eleve el riesgo de reincidencia. Consideraciones similares se aplican a la edad de la primera condena y el número de condenas anteriores.

Tomemos un ejemplo hipotético adicional. Después de haber sido reprendida a la edad de diez años por robar en tiendas, Laura posteriormente es detenida dos años más tarde por daños, a la edad de 13 años. Ella no hace comentarios en una entrevista en la estación de policía y por lo tanto no es elegible para una última advertencia (que requiere una admisión plena), pero ella se declara culpable ante el tribunal. A la edad de 17 años, ella vuelve a ser condenada - esta vez en relación con el robo de vehículos. En base a estos tres delitos, Laura habría acumulado una puntuación de 15 (4 por la reprimenda a los diez años de edad, 4 por la primera condena a la edad de 13 años, 3 por tener una condena anterior, y 4 como consecuencia de que el hecho actual es una infracción de tráfico) antes de que cualquiera de los dominios dinámicos de *Asset* se tengan en cuenta. Eso es más de tres veces el máximo que se podría adjudicar si Laura tuviese una grave adicción a la heroína, estuviese sin hogar o viviendo en un barrio afectado por pandillas.

Las pretensiones científicas del enfoque a escala son debilitadas más aun por la relación aparentemente arbitraria entre la puntuación de *Asset* y el nivel de in-

tervención prescrito. En el período desde la presentación de las propuestas del YJB en noviembre de 2007 hasta la aplicación, el enfoque de escala pasó por una serie de iteraciones. Como se señaló anteriormente, se agregaron factores estáticos al mecanismo de puntuación en septiembre de 2008 (Youth Justice Board 2008a). Una nueva propuesta, publicada en febrero de 2009, contenía un cambio en las puntuaciones de *Asset* que colocaría a los niños en una banda de riesgo específica (Youth Justice Board 2009). Como se indica en la Tabla 3, el resultado de la revisión fue aumentar significativamente el número de jóvenes que serían objeto de una supervisión intensiva y aumentada al reducir el umbral de puntuación asociado con los niveles de intervención.

TABLA 3

Bandas de riesgo propuestas: septiembre 2008 y febrero de 2009

Nivel de intervención	Puntuación de <i>Asset</i>	
	septiembre 2008	febrero 2009
Estándar	0-24	0-14
Aumentado	25-41	15-32
Intensivo	42-64	33-64

(Fuente: derivado de Youth Justice Board 2008a, 2009)

El cambio no fue explicado en ninguno de los documentos adjuntos y uno sólo puede suponer que se trataba de un intento de afinar la proporción de niños que caen dentro de cada categoría de riesgo para que el enfoque de escala fuese neutral en función de los recursos. Cualquiera que fuese la razón, parece que el vínculo entre la puntuación de *Asset* y el número de contactos requeridos por la 'la evidencia' es lo suficientemente flexible como para permitir la alteración de forma libre.

El enfoque de escala y la proporcionalidad: implicaciones para los derechos humanos del niño

El enfoque de escala es, por lo tanto, probablemente incapaz de asignar recursos de la justicia juvenil de una forma más racional que un modelo centrado en la proporcionalidad - donde las intervenciones se justifican en base a lo que el niño ha hecho en vez de lo que él o ella podría hacer. Significativamente, respuestas de este último tipo, a diferencia de las que se basan en una evaluación de riesgos futuros, también tienen la ventaja de ser compatibles con uno de los preceptos básicos de los derechos humanos de los niños, principalmente, que 'cualquier respuesta a los menores delincuentes será en proporción a las circunstancias del infractor y del delito' (Naciones Unidas 1985, regla 5.1). La posibilidad de resultados no equitativos es más evidente en relación a co-acusados: para dos personas jóvenes con antecedentes penales idénticos, el enfoque de escala podría involucrar disparidad significativa en la disposición por el mismo delito. Como se muestra en la Tabla 1 anterior, una persona joven con una puntuación de *Asset* de 33 estaría obligada a asistir seis veces más a menudo que un co-acusado con menor tasa de riesgo.

Los beneficios del enfoque de escala están, en consecuencia, silenciados; en la medida en que el modelo permite respuestas más intensivas que de otro modo serían justificadas por la gravedad del delito, que también parece estar en tensión con los estándares acordados a nivel internacional para los derechos del niño.

Algunas consecuencias no deseadas

El enfoque de escala se presenta como un mecanismo para lograr reducciones en la reincidencia basadas en el `principio del riesgo´ y que `las intervenciones más intensivas están mejor reservadas para casos evaluados como un mayor riesgo de reincidencia´ (Youth Justice Board 2008b, p. 8). Pero las pruebas presentadas a favor de esta intuición -que los casos más problemáticos pueden justificar la asignación de mayores recursos- no implican necesariamente que los niveles más altos de *castigo* para los niños con puntuaciones elevadas de *Asset* sean efectivas (McNeill 2009). Otras variables inevitablemente intervienen.

Existe un creciente cuerpo de investigación académica que demuestra que la práctica efectiva depende del establecimiento de una relación positiva entre el personal de justicia juvenil y los jóvenes con los que trabajan (McNeill 2009). La relación es en sí un proceso de dos vías, y el modo en que los jóvenes experimentan el tratamiento al que están sujetos es fundamental a la hora de lograr un impacto positivo sobre el comportamiento futuro (Tyler 2003). Cuando se imponen mayores niveles de intervención, en base a la evaluación actuarial, de lo justificado por la gravedad de la conducta delictiva de una persona joven, sería razonable esperar que él o ella se sintiera tratado o tratada injustamente.

El resentimiento basado en la injusticia percibida es probable que sea particularmente agudo en los casos que involucran infracciones relativamente menores por jóvenes que, no obstante, generan puntuaciones relativamente altas de *Asset*, en donde el enfoque de escala indica significativamente mayor intervención de lo que de otro modo sería justificada. Además, cuando co-acusados con historias delictivas similares puntúan diferentemente en *Asset*, es inevitable que sea difícil convencerlos de que los resultados dispares son razonables o justificados. A lo sumo, como las intervenciones pierden lo que Robinson y McNeill (2008, p. 437) denominan `legitimidad psicológica´, estas percepciones son susceptibles de ser asociadas con una participación menos positiva que afecta a la posibilidad de mantener una relación de trabajo eficaz; probablemente ello resultará en un aumento de la tasa de incumplimiento.

El aumento del incumplimiento es una característica problemática del sistema de justicia juvenil; la incidencia de la vuelta a los tribunales por incumplimiento de la supervisión se ha más que duplicado desde 2003/04 (Hart 2010). Durante 2007/08, el incumplimiento de una orden legal representó el 26% de las órdenes de detención y de entrenamiento impuestas, más que cualquier otro tipo de delito (Hart 2010). El enfoque a escala parece destinado a exacerbar este problema, por la naturaleza del mecanismo de evaluación, descrito anteriormente en el artículo, en el que se basa.

De acuerdo con el paradigma de los factores de riesgo, *Asset* asocia un mayor riesgo de reincidencia con la exposición al aumento de adversidad individual, familiar, y social (Haines y Case 2008). Los niños que generan puntuaciones más altas en *Asset*, por ejemplo, tienen más probabilidades de llevar una vida caótica, sufrir problemas de salud mental, o abusar de las drogas o el alcohol. Inevitablemente, estos niños tienden a ser aquellos cuyas circunstancias son tales que encuentran el cumplimiento más difícil. Así, el modelo priorizando el riesgo impone mayores expectativas sobre los jóvenes menos preparados para responder. Los Estándares Nacionales son relativamente prescriptivos en cuanto a la ejecución, resultando un incumplimiento a partir de la tercera cita perdida (sin una excusa razonable), independientemente de la cantidad de contactos al que el joven esté obligado a asistir (Youth Justice Board 2010b). (Las condiciones también están consagradas en la ley) Como se muestra en la Tabla 4, un joven sujeto a la intervención estándar puede, como consecuencia, perder un tercio de sus citas en un período de tres meses sin que se aplique una sanción por incumplimiento; por el contrario, un co-acusado sujeto a intervención intensiva podría cumplir con más del 90% de sus contactos obligatorios en el mismo período, pero las disposiciones legislativas todavía requerirían que él o ella fuesen sancionados. Tales resultados son inherentemente injustos, obviamente contradictorios, e inevitablemente contribuyen a que la población afectada sea más alta de lo que debería ser.

TABLA 4

Proporción de contactos obligatorios que pueden ser perdidos sin resultar en incumplimiento

Nivel evaluado de riesgo	Contactos requeridos en los primeros tres meses	Proporción de las citas que se pueden perder antes de incumplimiento
Bajo	6	33%
Medio	12	17%
Alto	36	6%

(Fuente: derivado de Youth Justice Board 2010a, 2010b).

El mismo proceso discrimina a los niños provenientes de los sectores más desfavorecidos de la comunidad. En la mayoría de los casos, una puntuación alta de *Asset* es indicativa, tanto de necesidad social, como ‘criminógena’. Es decir, los jóvenes de los entornos más desfavorecidos, con menor apoyo parental o de un adulto, que experimentan una reducida educación y de otras oportunidades, serán -como consecuencia directa de la intervención encabezada por el riesgo- sujetos a niveles más intrusivos y elevados de intervención de la justicia penal y el consiguiente aumento de la probabilidad de incumplimiento. Esto representa lo que Phoenix (2009, p. 113) ha denominado un ‘retorno al bienestar represivo’. A medida que ‘el lenguaje de “necesidad”, “en riesgo” y vulnerabilidad... [se convierte] en el lenguaje de los riesgos, daños y peligros’ (Kemshall 2008, p. 29), no sería irrazonable caracterizar el enfoque a escala como un modelo que castiga la pobreza.

Otras formas de discriminación no se pueden descartar. Dado que los niveles de intervención se determinan directamente por criterio del profesional, una preocupación obvia es la medida en la que las puntuaciones de *Asset* para casos similares varían en función de quien lleva a cabo la evaluación o del historial del niño que se está evaluando. En base a las respuestas a tres estudios de caso, la segunda evaluación del YJB concluyó que “la fiabilidad de *Asset* es relativamente constante” (Baker et al (2005, p. 54); para una evaluación menos optimista, consulte Phoenix (2009)). Sin embargo, todos los casos analizados contenían jóvenes blancos, y el potencial para la calificación diferencial en base al origen étnico no puede, por lo tanto, ser en principio excluido.¹

Un análisis más detallado ha sugerido que algunas secciones de *Asset*, en particular ‘la situación de alojamiento’ y ‘familia/relaciones personales’ no están relacionados con la reincidencia en los jóvenes de minorías étnicas. Otras diferencias en cuanto a la etnia surgieron en la fuerza predictiva de secciones tales como ‘educación, barrio y estilo de vida, que están más influenciadas por factores más amplios de la comunidad y sociales’ (Youth Justice Board 2008b, p. 27). Puntuaciones más altas de *Asset* para los niños de minorías étnicas pueden, por lo tanto, no ser indicativas de un mayor riesgo de reincidencia: ellos, sin embargo, sí suponen niveles elevados de contacto obligatorio con el sistema de justicia juvenil. Esto es particularmente preocupante ya que los jóvenes negros y mulatos son significativamente más propensos a atraer puntuaciones de *Asset* que desencadenan en una intervención aumentada e intensiva en comparación con los blancos y asiáticos (May, Gyateng y Bateman 2010). Tales fallos a la hora de usar el riesgo de reincidencia para determinar el alcance de los castigos se ven agravados por la evidencia -aunque limitada- que *Asset* también tiende a sobre estimar el nivel de riesgo para las niñas, lo que lleva a la posibilidad de resultados discriminatorios en base al género (Bateman 2008; Pitts, Turner y Melrose 2007). Esta aparente falta de equidad es probable que genere la percepción de injusticia entre los que entran en contacto con el sistema de justicia juvenil, lo cual reduce el potencial de encajar con poblaciones específicas de jóvenes que ya están sujetos a diversas formas de desventaja dentro del sistema de justicia juvenil (May, Gyateng y Hough 2010; Bateman 2008).

Conclusión

El Youth Justice Board está comprometido a garantizar que la revisión del marco de evaluación se lleve a cabo a la luz de las nuevas evidencias emergentes’ (Teli 2010, p. 3). El análisis presentado aquí sugiere que el abandono de la proporcionalidad en favor de la intervención determinada por la puntuación de *Asset* ha sido muy problemática, debilitando los derechos de los niños, y reduciendo la capacidad de los profesionales de la justicia para trabajar con los niños más adversamente afectados por el modelo encabezado por el riesgo. Es de esperar que la revisión tenga en cuenta estas consideraciones.

1 Un cuarto caso estudiado sí implicó una chica negra, pero no hubo respuestas suficientes para permitir un análisis significativo.

Referencias

- Annison, J. (2005) 'Risk and protection', en: T. Bateman and J. Pitts (Eds.), *The RHP Companion to Youth Justice*, Lyme Regis: Russell House.
- Ansbro, M. (2010) 'The nuts and bolts of risk assessment: when clinical and actuarial conflict', *Howard Journal*, 49, 252–68.
- Baker, K. (2004) 'Is Asset really an asset? Assessment of young offenders in practice', en: R. Burnett and C. Roberts (Eds.), *What Works in Probation and Youth Justice: Developing Evidence-based Practice*, Cullompton: Willan.
- Baker, K. (2005) 'Assessment in youth justice: professional discretion and the use of *Asset*', *Youth Justice*, 5(2), 106–22.
- Baker, K., Jones, S., Merrington, S. and Roberts, C. (2005) *Further Development of Asset*, London: Youth Justice Board.
- Bateman, T. (2008) *Review of Provision for Girls in Custody to Reduce Offending*, Reading: CfBT Education Trust.
- Brown, S. (2009) 'The changing landscape of youth and youth crime', en: M. Barry and F. McNeill (Eds.), *Youth Offending and Youth Justice*, London: Jessica Kingsley.
- Cadman, S. (2005) 'Proportionality', in: T. Bateman and J. Pitts (Eds.), *The RHP Companion to Youth Justice*, Lyme Regis: Russell House.
- Case, S. and Haines, K. (2009) *Understanding Youth Offending: Risk Factor Research, Policy and Practice* [Comprender la delincuencia juvenil: investigación de los factores de riesgo, en cuanto a la política y la práctica], Cullompton: Willan.
- Feeley, M. and Simon, J. (1992) 'The new penology: notes on the emerging strategy and its implications', *Criminology*, 30(4), 452–74.
- Goldson, B. (Ed.) (2000) *The New Youth Justice*, Lyme Regis: Russell House.
- Goldson, B. (2002) 'New punitiveness: the politics of child incarceration', en: J. Muncie, G. Hughes and E. McLaughlin (Eds.), *Youth Justice: Critical Readings*, London: Sage.
- Great Britain (2008) *Criminal Justice and Immigration Act 2008* (Elizabeth II. Chapter 4), London: The Stationery Office.
- Haines, K. and Case, S. (2008) 'The rhetoric and reality of the "risk factor prevention paradigm" approach to preventing and reducing youth offending', *Youth Justice*, 8(1), 5–20.
- Hart, D. (2010) *Children and Young People in Breach: A Scoping Report on Policy and Practice in the Enforcement of Criminal Justice and Anti-social Behaviour Orders*, London: National Children's Bureau.
- Hudson, B. (2003) *Justice in the Risk Society*, London: Sage.
- Kempf-Leonard, K. and Peterson, E. (2000) 'Expanding realms of the new penology: the advent of actuarial justice for juveniles', *Punishment and Society*, 2(1), 66–97.

- Kemshall, H. (1998) 'Defensive decisions for risk: or it's the doers wot get the blame', *Probation Journal*, 98(2), 62–72.
- Kemshall, H. (2008) 'Risks, rights and justice: understanding and responding to youth risk', *Youth Justice*, 8(1), 21–38.
- Matthews, R. (2005) 'The myth of punitiveness', *Theoretical Criminology*, 9(2), 175–201.
- May, T., Gyateng, T. and Bateman, T. (2010) *Exploring the Needs of Young Black and Minority Ethnic Offenders and the Provision of Targeted Interventions*, London: Youth Justice Board.
- May, T., Gyateng, T. and Hough, M. (2010) *Differential Treatment in the Youth Justice System*, London: Equalities and Human Rights Commission.
- McNeill, F. (2009) 'Beyond what works: the moral heart of supervision', en: M. Barry and F. McNeill (Eds.), *Youth Offending and Youth Justice*, London: Jessica Kingsley.
- Ministry of Justice (2010a) *Reoffending of Juveniles: Results from the 2008 Cohort, England and Wales*, London: Ministry of Justice.
- Ministry of Justice (2010b) *Youth Justice Annual Workload Data 2008/09, England and Wales*, London: Ministry of Justice.
- Muncie, J. (2006) 'Governing young people: coherence and contradiction in contemporary youth justice', *Critical Social Policy*, 26(4), 770–93.
- Muncie, J. (2008) 'The "punitive turn" in juvenile justice: cultures of control and rights compliance in Western Europe and the USA', *Youth Justice*, 8(2), 107–21.
- Nacro (2003) *The Sentencing Framework for Children and Young People (Youth Crime Briefing, December)*, London: Nacro.
- Nacro (2005) *A Better Alternative: Reducing Child Imprisonment*, London: Nacro.
- Nacro (2010) *The Youth Rehabilitation Order (Youth Crime Briefing, April)*, London: Nacro.
- Phoenix, J. (2009) 'Beyond risk assessment: the return of repressive welfarism', en: M. Barry and F. McNeill (Eds.), *Youth Offending and Youth Justice*, London: Jessica Kingsley.
- Pitts, J., Turner, P. and Melrose, M. (2007) *Luton YOT Recidivism Study*, Luton: University of Bedfordshire.
- Robinson, G. and McNeill, F. (2008) 'Exploring the dynamics of compliance with community penalties' [Explorando la dinámica de cumplimiento de sanciones de la comunidad'], *Theoretical Criminology*, 12(4), 341–449.
- Sentencing Guidelines Council (2009) *Overarching Principles – Sentencing Youths: Definitive Guideline*, London: Sentencing Guidelines Council.

- Smith, R. (2006) 'Actuarialism and early intervention in contemporary youth justice', in: B. Goldson and J. Muncie (Eds.), *Youth Crime and Justice*, London: Sage.
- Teli, B. (2010) *Pre-reading for the Assessment and Intervention Strategy Evidence Gathering Questionnaire*, London: Youth Justice Board.
- Tyler, T. (2003) 'Procedural justice, legitimacy and the effective rule of law', *Crime and Justice*, 30, 283–357.
- United Nations [Naciones Unidas] (1985) *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice: 'The Beijing Rules'*, Geneva: United Nations.
- Young, J. (1999) *The Exclusive Society*, London: Sage.
- Youth Justice Board (sin fecha) *Asset: Introduction*, London: Youth Justice Board.
- Youth Justice Board (2004) *Youth Justice Annual Statistics 2003/04*, London: Youth Justice Board.
- Youth Justice Board (2008a) *Youth Justice: The Scaled Approach: Post Consultation Version*, London: Youth Justice Board.
- Youth Justice Board (2008b) *Assessment, Planning Interventions and Supervision: Source Document*, London: Youth Justice Board.
- Youth Justice Board (2009) *Youth Justice: The Scaled Approach: Post Consultation Version 2*, London: Youth Justice Board.
- Youth Justice Board (2010a) *Youth Justice: The Scaled Approach: A Framework for Assessment and Interventions*, London: Youth Justice Board.
- Youth Justice Board (2010b) *National Standards for Youth Justice Services*, London: Youth Justice Board.
- Youth Justice Board (2010c) *Case Management*, London: Youth Justice Board.

II. Procedencia y regulación de la privación de libertad de personas condenadas por la Ley 20.084 en establecimientos penitenciarios administrados por Gendarmería de Chile

MIGUEL CILLERO BRUÑOL*

I. INTRODUCCIÓN

La Defensoría Penal Pública ha encargado un informe sobre los alcances jurídicos y la aplicación del artículo 56 de la Ley 20.084 que “Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal”, referido a la ejecución de penas privativas de libertad en secciones juveniles de establecimientos penitenciarios de adultos. A continuación desarrollo el informe solicitado, ateniéndome al examen de la consistencia de las normas sobre la materia con el marco jurídico de fuente nacional e internacional, y al análisis específico de las reglas de procedencia y requisitos contenidos en la disposición referida.

El artículo 56, se encuentra contenido en el título final de la Ley 20.084 bajo el *título del artículo “Cumplimiento de la mayoría de edad”*, y regula los efectos que se derivan del hecho que el imputado o condenado por una infracción a la ley penal fuere mayor de dieciocho años o los cumpliera durante la ejecución o la tramitación del procedimiento (artículo 56 inciso 1).

* Abogado de la Universidad de Chile, Doctor en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Profesor de la Universidad Diego Portales e Investigador Afiliado a la Cátedra Derecho y Menores de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

Como expondré en la primera sección de este informe, un examen bajo un estándar exigente del artículo 56 desde el punto de vista de la satisfacción del *principio de legalidad* plantea serias objeciones sobre la procedencia de una pena de internamiento en secciones juveniles de establecimientos penitenciarios de adultos en el sistema legal chileno. Estos cuestionamientos permitirían plantear problemas de legalidad para la aplicación del artículo 56, así como entregar criterios de *lege ferenda* para su modificación; pese a ello, y atendiendo a la solicitud planteada por la Defensoría Penal Pública, en las secciones siguientes analizaré y propondré una interpretación de las reglas establecidas en la ley y el reglamento relativas al traslado y ejecución de la esta sanción.

En la siguiente sección del informe (II), examino el derecho de las persona a un enjuiciamiento, sanción y ejecución especializada por los delitos que cometan siendo menores de dieciocho años en el derecho internacional (II.a); la historia legislativa del artículo 56 (II.b) y la naturaleza o entidad jurídica de la “internación en régimen cerrado en recintos de Gendarmería de Chile” en el ordenamiento jurídico chileno y su compatibilidad con los principios de legalidad de las penas y especialidad del Derecho penal de adolescentes basada en una menor culpabilidad (II.c).

En la sección III, examino los requisitos de procedencia, garantías y la interpretación de las distintas modalidades de ingreso a los recintos Administrados por Gendarmería de Chile contenidas en la Ley 20.084

Antes de entrar al análisis de las materias tratadas, deseo advertir que en este informe no entro a realizar valoraciones de mérito sobre las consideraciones político criminales y criminológicas que en mi opinión harían concluir, de *lege ferenda*, la necesidad de excluir las secciones penales juveniles en centros penitenciarios de adultos del sistema especial de enjuiciamiento, sanción y ejecución de las sanciones penales impuestas a personas que al momento de la comisión de los ilícitos se encontraban entre los 14 y dieciocho años.

II. LA INTERNACIÓN EN RÉGIMEN CERRADO EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS ADMINISTRADOS POR GENDARMERÍA: ¿UNA PENA DE ADULTOS O UNA SANCIÓN PENAL DE ADOLESCENTES?

Para examinar esta materia es necesario considerar como criterio de análisis fundamental la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de un *derecho de las personas a un sistema o régimen especializado de enjuiciamiento y sanción por las infracciones a la ley penal que se cometieren entre los 14 y los 18 años*. Esta especialidad del Derecho penal de adolescentes, encuentra su anclaje en el ámbito constitucional en el artículo 5 inciso segundo, en referencia a los artículos 37 y 40 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, los artículos 5.5 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10.2.b) y 14.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos ellos contenidos en instrumentos internacionales ratificados y vigentes en nuestro país.

A nivel legal, este sistema especializado se encuentra establecido por los artículo 10 N° 2 del Código Penal y la propia Ley 20.084, cuerpo legal este último que, en su conjunto, establece (con algunas graves deficiencias entre las cuales se encuentra el referido artículo 56), un sistema para garantizar el derecho de los adolescentes a una reacción penal especializada, diferente a la establecida en el Derecho penal de los adultos, según se señala en el Mensaje de la Ley y se desprende inequívocamente de los debates legislativos y por la doctrina¹.

II. a) Breve referencia al derecho a una Justicia especializada y al principio de separación en las normas internacionales vigentes en Chile

La garantía de un sistema penal especializado se encuentra nítidamente establecida en el artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido la las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes...

La Convención Americana de Derechos Humanos, dispone en el mismo sentido:

Artículo 5.5: Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

Asimismo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala que

10.2 b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento...

Y en el ámbito de la ejecución de las sanciones, dispone expresamente en su artículo 10.3:

El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

1 Véase entre otros BERRÍOS DÍAZ, G.: "La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas" Política Criminal vol 6 n° 11 (junio 2011), Art 6, pp. 163-191; CILLERO BRUÑOL, M.: "Comentario al artículo 10 N° 2 del Código Penal, en COUSO SALAS, J y HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (directores): "Código Penal Comentado", Ed. Abeledo Perrot/Legal Publishing, Santiago, 2011, pp. 201-209, y "Leyes de menores, sistema penal e instrumentos internacionales de derechos humanos, en Medina, C. y Mera, J. (comps.), Sistema jurídico y derechos humanos, Santiago, UDP, 1996; COUSO SALAS, J Y DUCE JULIO, M.: "Juzgamiento Penal de Adolescentes", Ed. LOM, Santiago, 2013, MALDONADO FUENTES, F.: "La especialidad del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado", en Justicia y Derechos del Niño N°6, 2004, pp. 103 a 160.

Es importante señalar que como puede desprenderse de la lectura de las normas transcritas, estamos en presencia de dos garantías diferentes y complementarias: un sistema de justicia especializado y la separación de las personas menores de edad privadas de libertad de los adultos en la misma condición.

El principio de separación en algunos tratados está contenido en una regla especial y autónoma, ya que ésta es una garantía independiente de la existencia de un sistema especializado de justicia penal para los adolescentes². Es posible concebir, y de hecho ha existido en Chile, un sistema que separe completamente a los privados de libertad adultos y menores de edad, pero no contenga ninguna diferencia en el ámbito de los procedimientos, las sanciones y la duración de las penas³. Lo que no es posible concebir es un sistema especializado que no contemple el principio de separación. Evidentemente el estándar exigible y obligatorio para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el de un sistema de justicia especializado que contenga la garantía de separación

En específico, los tratados, se refieren a la aplicación de un régimen o tratamiento especial para los “niños condenados” o los “menores delincuentes” referencia que ha de entenderse hecha a cualquier persona que ha cometido los hechos por los que se les condena siendo menor de edad, criterio que es recogido expresamente a nivel legal en Chile por el artículo 10 N° 2 del Código penal, por lo cual, al menos en el nivel de propósitos, debemos entender que el artículo 56 de la Ley 20.084 debería ser compatible con la existencia de un régimen especial *legalmente* garantizado de consecuencias jurídico penales especiales y de ejecución de dichas penas, cuestión que examinaremos más adelante en detalle.

En el mismo sentido, y para abonar la interpretación de los textos internacionales citados, las Reglas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (en adelante Reglas de Beijing), disponen que:

-
- 2 La argumentación que se trata de garantías diferentes queda de manifiesto en la forma de regulación que de estas materias hacen los tratados internacionales. La Convención Americana trata conjuntamente ambas garantías en artículo 5.5 al referirse a la separación y a tribunales especializados para su tratamiento; la Convención sobre los Derechos del Niño, lo establece como garantía especial en el artículo 37 c) con independencia de si existe o no un tratamiento especializado que desarrolla, como se dijo en el artículo 40. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como se dijo, los trata separadamente en el artículo 10. Las Reglas de Beijing se refieren a la especialidad y al tratamiento diferenciado, mientras que las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, se aplican por rango de edad.
 - 3 Los sistemas anglosajones que permiten el enjuiciamiento y sanción de menores de 18 años como adultos, comúnmente establecen un sistema de ejecución diferenciado hasta los 18 años. El sistema de responsabilidad penal condicionada al discernimiento en Chile hasta la entrada en vigencia de la Ley 20.084 en 2007 establecía un régimen especial de cumplimiento de condenas de adultos impuestas a menores de edad declarados con discernimiento para los menores de 18 años en las “secciones de menores de los establecimientos penitenciarios” antecesoras directas de las actuales secciones juveniles. Asimismo, se puede considerar la situación del Régimen Penal de la Minoridad argentino, que se aplica con reglas de separación, aunque contempla un sistema de penas de adultos.

2.2.a) Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto.

En un sentido diverso, pero consistente con la interpretación que se está proponiendo, las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, directamente señalan que éstas se aplican para todas las personas menores de 18 años (Regla 11.a), ya que ellas sí son un estatuto específico de garantías para un grupo de personas definido hasta los 18 años, con independencia que hayan sido privadas de libertad en los hechos por un sistema de justicia de adultos que contraviene el Derecho Internacional o como personas menores de 18 años. En síntesis las Reglas de Naciones Unidas, incluido el principio de separación, se deben aplicar para las personas menores de 18 años de edad, incluso en aquellos Estados que violan la obligación de un enjuiciamiento y sanción especializada.

En el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad (y de las medidas cautelares) las normas internacionales transcritas señalan que es necesario *separar* a los mayores de 18 años de los menores de edad lo que obliga a adoptar legalmente un *régimen especial – particularmente un lugar de cumplimiento* distinto a los adolescentes pero que, sin embargo, no puede significar que se le impongan penas de adultos.

El conjunto de estas disposiciones permiten entender que lo que las normas internacionales disponen no es que al mayor de 18 años se convierta jurídicamente en un adolescente, más aún se reconoce por el contrario que en virtud del principio de separación, se les mantenga sin contacto y en recintos separados de los adolescentes en caso de ser privados de libertad, pero también permiten comprender que no pueden ser juzgados y sancionados como adultos, ni su pena ejecutarse como si hubieran sido condenados como adultos⁴.

El hecho que personas adultas sean juzgados, sancionados o deban ejecutarse sus penas cuando han cumplido la mayoría de edad por un sistema especial no convierte a estos sujetos en adolescentes, pero deben ser tratados procesal y sustantivamente como adolescentes y cumplir penas de adolescentes, con el estatuto y estándares correspondientes al cumplimiento de esas penas, en cuanto ellas sean más conducentes a la realización de sus derechos (artículo 41 Convención sobre los Derechos del Niño y eventualmente ello no menoscabe sus derechos como persona mayor de edad (Artículo 37 c) Convención sobre los Derechos del Niño que hace depender la garantía de separación al interés superior del niño, esto es a la satisfacción y resguardo de sus derechos).

4 Específicamente en este punto, también puede tenerse a la vista el Principio N°.5 de las Reglas Europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones y medidas. Véase al respecto Dünkel/Castro, Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, Nr. 4, 2012. Igualmente, la OEA ha aprobado los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las América (2008)” En particular, se dispondrá la separación de mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas adultas mayores; procesados y condenados; y personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales”.

En consecuencia, la regla de separación está establecida en beneficio de la protección de los derechos de la persona condenada y no puede significar menoscabo a sus derechos, cuestión que en el caso de los que ya alcanzaron la mayoría de edad debe ser especialmente considerada, de modo que el régimen de privación de libertad especial para ellos sea diferente al sistema penal de adultos pero se adecúe a su etapa actual de desarrollo⁵.

También a nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional, se pronunció expresamente en los considerandos 27 y 28 en causa Rol N° 786-2007⁶ sobre la especialidad del sistema, sosteniendo que:

Cabe destacar, en tal sentido, que todo el sistema de responsabilidad penal del adolescente, en nuestro país, está basado en la necesidad del respeto a sus derechos y, en particular, del “interés superior” del mismo... (y que) en el texto del Mensaje se lee precisamente que: “... con la implementación de una nueva justicia penal adolescente ... se pretende, además de dar cumplimiento a numerosos y diversos tratados internacionales en materia de infancia y adolescencia ...” ya se ha recordado de qué manera la protección de los derechos de los adolescentes se ha encontrado especialmente presente en la gestación y desarrollo de toda la legislación sobre responsabilidad penal en que ellos puedan incurrir.

En atención a esta especialidad, que entendemos sistemáticamente desde el derecho internacional de derechos humanos bajo la forma jurídica de un derecho fundamental a un juicio y sanción especializada, a la que tiene derecho toda persona que cometiere un delito entre los 14 y 18 años, se debe concretar en un conjunto de garantías específicas de carácter procesal, sustantivo y de ejecución penal diferenciadas, es decir presupuestos de responsabilidad y punibilidad; órganos de persecución, enjuiciamiento y ejecución de sanciones; debido proceso; principios y reglas de individualización de sanciones; y modalidades, lugares de privación de libertad y órganos especializados encargados de la administración de las sanciones privativas y no privativas de libertad.

II. b) La Privación de Libertad en recintos Administrados por Gendarmería en la Ley 20.084. Análisis de la génesis del artículo 56

La internación en establecimientos penitenciarios de Gendarmería de Chile es una facultad excepcional contemplada en el artículo 56 de la Ley 20.084. Esta posibilidad no estaba explícitamente contemplada en el Proyecto enviado por el Ejecutivo⁷ para su discusión parlamentaria, pero se establecían diversas

5 La práctica habitual a nivel de legislación comparada es establecer regímenes especiales que abordan la situación de los llamados “menores adultos”, a modo de ejemplo, véase la legislación de Costa Rica, España y Alemania.

6 Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=21> al respecto véase NOGUEIRA ALCALÁ, H.: “La Aplicación por los Tribunales Chilenos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Estudios Constitucionales, año 8 n° 1, 2010, pp. 425-442, pp. 430-433.

7 Las siguientes referencias están tomadas del documento oficial “Historia de la Ley 20.084” de la

normas relativas a la aplicación de las normas de la ley 20.084 a personas que hayan cumplido los dieciocho años de edad:

El Proyecto establecía, siguiendo el Derecho Internacional, la garantía general del derecho de las personas que cometen un delito entre los 14 y 18 años, el citado “*principio de separación*” de las personas privadas de libertad en virtud de un hecho cometido como adolescentes y las condenadas como adultos.

Artículo 16.- Principio de separación. Las personas que se encontraren privadas de libertad por la aplicación de alguna de las sanciones o medidas previstas en esta ley, sea en forma transitoria o permanente, en un lugar determinado o en tránsito, deberán permanecer siempre separadas de los procesados, acusados o condenados que fueren adultos.

Las instituciones encargadas de practicar detenciones, de administrar los recintos en que se deban cumplir sanciones o medidas que implican la privación de libertad, los administradores de los tribunales y, en general, todos los organismos que intervengan en el proceso para determinar la responsabilidad que establece esta ley, deberán adoptar todas las medidas necesarias para dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el inciso anterior.

Esta norma se mantuvo prácticamente igual durante la tramitación parlamentaria, siendo trasladada al actual artículo 48 y agregándole un inciso final que refuerza la garantía, disponiendo que “el incumplimiento de esta obligación constituirá una infracción grave a los deberes funcionarios”.

Por su parte, el Proyecto del Ejecutivo, reconocía el principio general de primacía de las leyes especiales durante la ejecución (artículo 80), pero establecía una excepción muy general e indeterminada en el artículo 68 para el caso de los mayores de 18 años, que justamente invertía el criterio: lo excepcional era que se cumpliera en el Centro Especializado a petición del SENAME y no al contrario, como lo disponía el artículo 80, el problema es que la ley no establecía dónde se cumplirían esas condenas si no era en los Centros que la Ley establecía, dejando la materia entregada a una cuestión reglamentaria. Implícitamente, sin embargo, se aceptaba que se podrían cumplir en los recintos administrados por Gendarmería⁸.

Biblioteca del Congreso Nacional, en adelante citado como HL 20.084, d http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20084, última visita 10 de octubre de 2014.

8 El principio general, se complementaba en el Proyecto con una garantía respecto a la especialización que establecía: Artículo 80.- Cumplimiento de mayoría de edad. En caso de que el imputado o condenado por una infracción juvenil a la ley penal fuere mayor de 18 años o los cumpliera durante la ejecución de cualquiera de las medidas contempladas en esta ley o durante la tramitación del procedimiento, continuará sometido a las normas de la presente ley hasta su término, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 68. El artículo 68 del Proyecto relativo a la Administración por el Servicio Nacional de Menores de los Centros Cerrados, en su inciso segundo, señalaba: “el Servicio Nacional de Menores podrá solicitar al Tribunal competente que autorice el cumplimiento de alguna de las sanciones previstas en los artículos 30 y 31 de la presente ley, en alguna de las unidades referidas en el inciso precedente, cuando el condenado hubiere cumplido

El artículo 80 fue modificado radicalmente durante la tramitación parlamentaria, manteniendo el principio general, pero regulando más estrictamente en un solo artículo la excepción y los procedimientos para que la pena de internación en régimen cerrado se cumpla en los recintos penitenciarios Administrados por Gendarmería.

En la discusión en la Cámara de Diputados del artículo 80 se entra más sistemáticamente al examen del tema, señalándose que “los representantes del ejecutivo manifestaron que la idea envuelta en esta norma era que el adolescente siguiera cumpliendo la pena en los mismos términos, a pesar de haber superado los 18 años de edad. No obstante, creían que por razones de seguridad, excepcionalmente, podría justificarse un traslado de quienes superaren esa edad”⁹.

En definitiva el ejecutivo propuso la siguiente redacción, que fue aprobada bajo el número 79:

En caso que el imputado o condenado por una infracción juvenil a la ley penal fuere mayor de 18 años o los cumpliera durante la ejecución de cualquiera de las medidas contempladas en esta ley o durante la tramitación del procedimiento, continuará sometido a las normas de la presente ley hasta su término.

Excepcionalmente, el Servicio Nacional de Menores podrá solicitar al tribunal competente que autorice el cumplimiento de la internación en régimen cerrado en un recinto administrado por Gendarmería de Chile, cuando el condenado hubiere cumplido la mayoría de edad y sea necesario para efectos del control de la sanción. En todo caso, las modalidades de ejecución de dicha condena deberán seguir siendo ejecutadas conforme a las prescripciones de la presente ley, debiendo ser administradas por el Servicio Nacional de Menores.

En los casos previstos en el presente artículo, el Servicio Nacional de Menores o las autoridades que correspondan, adoptarán las medidas necesarias para asegurar la separación de las personas menores de 18 años con los mayores de edad, y de éstos respecto de los condenados o procesados conforme a la ley penal de adultos.

la mayoría de edad y cuando ello favorezca el trabajo y tratamiento del adolescente con su núcleo familiar o sea necesario y conveniente para efectos del control de la sanción, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 73 y siguientes de la presente ley”. En la Cámara de Diputados se plantea la necesidad de tratar conjuntamente las materias reguladas por los artículos 80 y 68, HL p. 164.

9 HL p. 183. En la discusión parlamentaria consta que los Diputados 1 y Burgos manifestaron que los traslados debían ser excepcionales, asegurarse que el régimen sea equivalente al que tenían como adolescentes y que fueran los Tribunales los que en un procedimiento legal, flexible pero no discrecional autorizaran el traslado a solicitud del SENAME. La diputada Guzmán, en cambio, fue partidaria de no derivar a centros de adultos pero asegurar la segregación al momento de cumplir los 18 años. El Diputado Bustos expresó “que lo importante (es) considerar la edad en que se cometió el delito... (y) que el Servicio debería tratar de ubicar un lugar donde mantener a esas personas en el tiempo intermedio”. HL, p. 164, defendiendo el principio de ejecución especializada.

En esta indicación del Ejecutivo se encuentra la fuente legal de la habilitación, aunque sea genérica y no satisfactoria, por la cual personas exentas de responsabilidad penal como adultos, cumplen la integridad o parte de su pena en recintos penales de adultos, pero con dos condiciones: b) deben tener más de 18 años, es decir ser adultos, y que las penas sean ejecutadas según la ley de adolescentes y, muy relevante, administradas por el Servicio Nacional de Menores. En concreto sólo cambiaba el lugar de reclusión y el órgano encargado de la administración del recinto, pero no la responsabilidad de SENAME de la ejecución de la pena.

De este modo se establecía no sólo la garantía de especialidad del procedimiento, sino también la de especialidad de la ejecución y la administración de la sanción por un órgano especializado, el SENAME.

En el Senado¹⁰ siguió la discusión sobre el tema, presentándose dos indicaciones. La indicación número 197, del Senador Andrés Zaldívar, sustituye su inciso segundo por el siguiente:

Excepcionalmente, el Servicio Nacional de Menores podrá solicitar al tribunal de control competente que autorice el cumplimiento de la internación en régimen cerrado en un recinto administrado por Gendarmería de Chile, cuando el condenado hubiere cumplido la mayoría de edad y sea declarado responsable de la comisión de un delito o incumpla de manera grave el reglamento del centro poniendo en riesgo la vida o integridad física de otras personas.

Esta indicación introduce una importante variación de lo aprobado hasta el momento, en cuanto establece una nueva causa que ya no se refiere al traslado sino directamente al cumplimiento de la sanción, relativa a la (mala) conducta sobreviniente del condenado, con lo cual el traslado adquiere un carácter inequívoco, al menos cuando se ordena justificado en esta causa, de agravamiento del castigo penal. Esta diferencia introduce una consideración valorativa negativa del comportamiento del condenado posterior a la condena, ya no para negar un beneficio o sustitución de la pena, sino para agravarla.

La naturaleza jurídica de carácter sancionatoria de este traslado es desde esta modificación un elemento ineludible del análisis de esta disposición que faculta el traslado, que habilita a preguntarse sobre si estamos en presencia de una "pena" o solamente frente a un modo de cumplimiento y si esta transformación es legítima o infringe el principio de legalidad y lesiona de un modo determinante el derecho de la persona a ser sancionado y juzgado como adolescente por los delitos que cometa en esa etapa de su vida.

La indicación número 198, del mismo Senador, intercala, a continuación del inciso segundo, el siguiente, nuevo:

En el caso de infractores condenados a internación en centro cerrado, que al momento de la condena hubieren cumplido dieciocho años de edad, previa solicitud del Sename, el tribunal podrá ordenar por resolución fun-

10 HL pp. 793-795.

dada el cumplimiento de la sanción en un recinto administrado por Gendarmería de Chile. En todo caso, las modalidades de ejecución de dicha condena deberá seguir siendo ejecutadas conforme a las prescripciones de esta ley debiendo ser administradas por el Servicio Nacional de Menores.

De este modo, con esta indicación no se innovaba respecto al hecho determinante que todavía le otorga algún grado, aunque insuficiente, de especialidad a la pena en centros de Gendarmería: ella seguía siendo ejecutada por las reglas de la ley especial y administrada por SENAME, requisito, este último que sería también eliminado en la discusión en el Senado, por lo que en definitiva, las penas serán administradas - como todas las de adultos - por Gendarmería, pero bajo las prescripciones de ejecución de la ley penal de adolescentes.

Consta en la Historia Legislativa que el Defensor Nacional se opuso a estas indicaciones e “hizo presente que el envío de jóvenes a recintos de adulto hace inviable el trabajo de reinserción social. La excepción podría aceptarse para una edad mayor, como en España, donde se permite a partir de los 23 años y previa audiencia”¹¹.

Finalmente, se propuso diferenciar la situación de aquellos a los que les faltan 6 meses después del cumplimiento de los 18 años, del resto, estableciendo que en principio estos no sean trasladados y respecto al resto se establecieron informes previos a la decisión del Tribunal.

Todas estas modificaciones cristalizaron en la actual regulación del artículo 56, que fueron presentadas por el Presidente de la República quien recogió estos acuerdos en su indicación número 10 contenida en el oficio N° 167-353, de 11 de agosto de 2005. Con ello se habilitó que Gendarmería pudiera ejecutar la sanción de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social respecto de los mayores de 18 años, que SENAME deba pedir ese traslado en base a informes técnicos relativos a la conveniencia para el proceso de reinserción social, que la decisión será tomada por el Tribunal, y que el traslado puede pedirse también por causa de la mala conducta del condenado con lo cual se convierte en una sanción administrativa que reviste el carácter de una pena agravada, de dudosa legalidad, cuestión que se pasa a analizar brevemente a continuación.

II. c) Breve análisis sobre la legalidad de la reclusión en centro penitenciario administrado por Gendarmería de Chile

El principio de legalidad de los delitos (garantía criminal) y de las penas (garantía penal) *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, forma parte de las garantías mínimas de un sistema penal de un Estado de Derecho y constituye tanto un límite al poder punitivo del Estado, como un derecho de los ciudadanos¹². El

11 HL p. 794.

12 Sobre el despliegue del principio de legalidad en la persecución y sanción penal véase MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Tirant lo Blanch, 8ª ed.

Derecho penal de Adolescentes no está exento de esta limitación y las personas condenadas bajo sus reglas gozan del derecho, consagrado por la Constitución en su artículo 19 N° 3 inciso 7: “ningún delito se castigará con otra pena que la que le señala una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

La pregunta es cuáles son las penas que legalmente pueden imponerse en el sistema pena de adolescentes, es decir, las que satisfacen los criterios constitucionales.

En primer lugar, se puede afirmar que no pueden imponerse las penas de adultos, porque el principio de especialización del Derecho penal de Adolescentes, además de las normas internacionales transcritas, tiene su consagración y punto de partida para cualquier análisis en el artículo 10 N° 2 del Código Penal que dispone:

Están exentos de responsabilidad criminal:

...

2. El menor de 18 años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil.

La claridad de esta norma permite decir que el legislador chileno recogió la idea que la edad de 18 años constituye una barrera o frontera político criminal entre dos sistemas de responsabilidad penal separados: el de adultos y el de adolescentes. Las personas menores de 18 años no tienen responsabilidad penal de adultos –están exentos de responsabilidad criminal de acuerdo a la formulación del Código – pero responden como adolescentes y, como veremos, de acuerdo a las reglas de los adolescentes y las sanciones penales especiales contenidas en ese régimen legal contenido en el Ley 20.084¹³.

Sumada a esta disposición del Código penal, se debe considerar que la Ley 20.084, particularmente después de la reforma introducida por la ley 20.191 aprobada antes de su entrada en vigencia, establece de un modo inequívoco la separación total entre las consecuencias jurídico penales que pueden imponerse a las personas condenadas por esta ley y las que pueden aplicarse a los adultos (el destacado es nuestro):

Artículo 6°.- Sanciones. En sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias, a **las personas condenadas según esta ley sólo** se les aplicará la siguiente Escala General de Sanciones Penales para Adolescentes:

a) Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social;

Valencia, 2010, pp. 99-102.

13 He tratado este punto de modo general en CILLERO BRUÑOL, M.: “Nulla Poena sine Culpa: un límite necesario al castigo penal de los adolescentes” en GARCÍA MÉNDEZ comp. Adolescentes y Responsabilidad Penal, Ed. Ad – Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 71 – 85

- b) Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social;
- c) Libertad asistida especial;
- d) Libertad asistida;
- e) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad;
- f) Reparación del daño causado;
- g) Multa, y
- h) Amonestación.

Penas accesorias:

- a) Prohibición de conducción de vehículos motorizados, y
- b) Comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos según lo dispuesto en el Código Penal, el Código Procesal Penal y las leyes complementarias.

Luego el artículo 7 establece:

Artículo 7º.- Sanción accesoria. El juez estará facultado para establecer, como sanción accesoria a las previstas en el artículo 6º de esta ley y siempre que sea necesario en atención a las circunstancias del adolescente, la obligación de someterlo a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol.

La ley es clara para señalar que sólo se pueden imponer esas sanciones, cuestión que se agregó expresamente en la reforma de modo de no dejar dudas acerca de la procedencia de otras sanciones además de las contenidas en el artículo 6 y la accesoria del 7. Asimismo, la formulación que estas sanciones son las únicas aplicables a los condenados según esta ley despeja cualquier duda respecto a las sanciones que se les puede aplicar a los mayores de 18 años.

La Ley, asimismo, establece luego el lugar y modo de cumplimiento de la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social:

Artículo 17.- Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. La internación en régimen cerrado con programa de reinserción social importará la privación de libertad en un centro especializado para adolescentes, bajo un régimen orientado al cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 20 de esta ley.

Finalmente, el artículo 43 de la Ley dispone:

...Para dar cumplimiento a las sanciones privativas de libertad y a la medida de internación provisoria contenidas en esta ley, existirán tres tipos de centros:

- a) Los Centros para la Internación en Régimen Semicerrado.
- b) Los Centros Cerrados de Privación de Libertad.
- c) Los Centros de Internación Provisoria.

El artículo 43 de la Ley también regula expresamente que la administración de los Centros Cerrados de Privación de Libertad corresponde “siempre y en forma directa” al Servicio Nacional de Menores.

En este sentido, la garantía de legalidad penal en relación a la internación en régimen cerrado con programa de inserción social viene dada por una definición estricta de la sanción en la ley como plausible de imponerla a los condenados por esta ley, la definición legal de su contenido específico en el artículo 17 y el **lugar de ejecución y organismo encargado de su administración** en el artículo 43. En consecuencia, en un análisis conjunto, la sanción penal de internación en régimen cerrado legalmente establecida se ejecuta siempre y sólo en un Centro Cerrado Administrado por SENAME. A ella se refiere el artículo 6 de la Ley, no a la que se cumple en otro recinto administrado por otra institución.

A estas tres disposiciones parece pretender hacer excepción el artículo 56. En efecto el conjunto encadenado de garantías legales (definición legal/lugar de reclusión/administración por SENAME) respecto a la sanción internación en régimen cerrado se rompe plenamente con la autorización del traslado o el *cumplimiento* de la pena en un recinto penitenciario administrado por Gendarmería.

En relación a la garantía de legalidad del lugar de ejecución de la internación en régimen cerrado en Centro de SENAME contenida en el artículo 43, ni en el 56 ni en otra disposición, se dispone un lugar especial de ejecución en Centro de Gendarmería, ni siquiera que se ejecute en un lugar separado del resto de la población. Será sólo el reglamento en su Título VII el que dispondrá de la creación de Secciones Juveniles, por lo que la garantía legal se encuentra menoscabada, más aún cuando la ley se ha encargado de definir taxativamente las penas y los lugares de ejecución y los organismos encargados de la administración. Para ilustrar el punto, al tenor literal de la ley, el traslado a un Centro penitenciario administrado por Gendarmería a un recinto diferente a una Sección Penal Juvenil, vulneraría el reglamento, pero, insisto en una lectura aislada y literal de la disposición en comento, no la ley.

En este sentido las garantías de las personas condenadas a que la pena que se les impone esté previamente plenamente descrita en la ley, quedan menoscabadas por el cumplimiento de los 18 años de edad, generando una manifiesta e injustificada desigual aplicación de los artículos 6, 17 y 43 de la ley. Sistemáticamente si el legislador hubiera tenido la intención de establecer el cumplimiento en Centros Especiales para mayores de 18 años, sean dependientes de SENAME o de Gendarmería, debió haberlos definido legalmente en el artículo 43 de la Ley.

Por su parte, el artículo 56 en su inciso 6, pretende salvar legalmente la especialidad al señalar que *“las modalidades de ejecución de la condena deberán seguir siendo ejecutadas bajo las prescripciones de esta ley”*, eliminando como se dijo la exigencia que fueran administradas por SENAME. Más aún el reglamento de la ley, pretendiendo llenar un vacío pero contraviniendo expresamente este inciso de la ley, establece una reglamentación orgánica de las

secciones juveniles (director, jefe y comité técnico que son funcionarios de Gendarmería) que no es coincidente con las normas legales relativas a la administración de SENAME, es decir, el reglamento establece, por ejemplo potestades disciplinarias, concesiones de beneficios, etc., que están entregadas por la ley a funcionarios especializados de SENAME, a funcionarios de Gendarmería.

Para, hacer frente a la evidente de la vulneración de la garantía de especialidad y a la imposibilidad de cumplir con el mandato legal, se dispone, en el reglamento, que los funcionarios reciban una capacitación “sobre los estudios e información criminológica vinculada a la responsabilidad penal adolescente, la Ley 20.084, y la Convención sobre Derechos del Niño y demás normativa internacional vigente” (artículo 155 del reglamento, que lleva por título: Personal penitenciario, actitud y formación).

A la insuficiencia jurídica se agrega en este caso, la comprobación fáctica de las precarias condiciones de las Secciones Juveniles y de la imposibilidad de hacerse cargo de cumplir con las exigencias derivadas de la especialidad por parte de Gendarmería que ha exigido establecer proyectos de apoyo ejecutados por organizaciones de la sociedad civil para intentar mitigar los deficiencias¹⁴.

Si bien la incorporación en el Senado de una regulación más precisa en el artículo 56 de esta materia puede entenderse como positiva, igualmente ella es insuficiente en cuanto es criticable la técnica legislativa de afirmar un principio general que el adolescente estará sometido a la normativa especial, y luego considerar excepciones en razón de un hecho sobreviniente – el cumplimiento de la mayoría de edad – pero que en ningún caso puede ser considerado como una contingencia inesperada o inusual.

Como la Ley 20.084 estableció plazos de prescripción y de duración de los procedimientos relativamente amplios y sanciones privativas de libertad que, según la edad de los condenados pueden alcanzar 5 o 10 años, es un hecho absolutamente previsible que será usual que el sistema deba enjuiciar, condenar y ejecutar penas respecto de personas mayores de 18 años. Este hecho, justificaría un tratamiento legal sistemático y no sólo excepcional de esta situación, evitando que la regulación hecha por vía excepcional entre en contradicción con otras normas legales del sistema y en la práctica pueda frustrar la realización de los propósitos generales que la propia ley establece en el marco de una Justicia especializada.

En conclusión, desde un punto de vista fáctico y jurídico el cumplimiento de la sanción penal adolescentes de internación en régimen cerrado en un Centro penitenciario administrado por Gendarmería, constituye una pena diferente a la de los artículos 6, 17 y 43 de la Ley, que no se encuentra debidamente cubierta por la garantía de legalidad y que violenta el principio de especialidad.

Por su parte es una pena que, en abstracto, agrava las condiciones de ejecución, al ejecutarse en un Centro penitenciario de Adultos y por funcionarios

14 Véase al respecto sobre las condiciones materiales de vida y los programas de reinserción social los Informes de las Comisión Intersectoriales de Supervisión de Centros (CISC), disponibles en http://dosvias.minjusticia.gob.cl/cisc_rpa.html

no especializados, lo que la convierte en una nueva pena desproporcionada. En concreto las condiciones de ejecución de esas penas y su evidente carácter sancionatorio al menos en la hipótesis del inciso penúltimo del art. 56 la convierten en una pena que castiga desproporcionadamente un delito cometido como persona menor de edad con una pena, que desde el punto de vista de su ejecución, es una pena de adulto, lo que contraviene la relación entre pena y culpabilidad disminuida que debe materializarse tanto en la duración como en la ejecución de la sanción.

III. EL INGRESO DE CONDENADOS POR LA LEY 20.084 A ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS ADMINISTRADOS POR GENDARMERÍA. REGLAS DE PROCEDENCIA Y GARANTÍAS

El largo camino para la elaboración del texto vigente del artículo 56 explica, en parte, los problemas de interpretación que este genera. Procederemos ahora a su análisis específico en base a criterios que permitan su interpretación sistemática.

Al analizar el texto legal, queda de manifiesto que existen dos hipótesis diferentes reguladas en el artículo. La primera es la facultad general del SENAME de solicitar al Tribunal que se autorice el traslado del condenado a un recinto penitenciario administrado por Gendarmería o su permanencia en el Centro Cerrado de SENAME fundado en la conveniencia o inconveniencia de una u otra alternativa para su proceso de reinserción social. La segunda, consiste en que se autorice el *cumplimiento* de la sanción en un recinto penitenciario administrado por Gendarmería, en razón de problemas de conducta del condenado.

III. a) Requisitos de procedencia del traslado del condenado a recinto penitenciario administrado por Gendarmería

A continuación se revisan los requisitos de procedencia del *traslado* que puede ordenar el juez de control de ejecución a recinto penitenciario administrado por Gendarmería. En la sección III b) se examina la situación excepcional del inciso penúltimo que dispone el *cumplimiento en recinto administrado por Gendarmería*.

i) Sólo procede el traslado en casos de condenas a internación en régimen cerrado con programa de reinserción social

En consecuencia, no es posible cumplir la medida de internación provisoria en recintos de Gendarmería ni corresponde el traslado si una persona se encuentra cumpliendo una internación en un centro cerrado como consecuencia del que-

brantamiento de una internación en régimen semicerrado (art. 52 n° 6), ya sea la transitoria de 90 días, como la sustitución definitiva en caso de reiteración¹⁵.

La primera exclusión no admite duda alguna en el texto de la ley, la segunda es el resultado de comprender que la internación en régimen cerrado por quebrantamiento no corresponde a una “condena de internación en régimen cerrado” sino a una especie de apremio excepcional y especial, de dudosa legalidad¹⁶, pero ejecutado por un tiempo determinado y en el marco de la aplicación del Derecho penal de adolescentes especial, que no puede derivar o autorizar al traslado a un centro de adultos, porque debe ser interpretado siempre restrictivamente por ser una facultad excepcional, de la que no es posible derivar nuevos efectos agravatorios, que violarían el principio del non bis in ídem, particularmente si ellos llevarían a la imposición de una pena aplicada en un recinto penal de adultos.

ii) El traslado requiere la participación de SENAME y orden judicial

Al examinar la historia de la Ley, especialmente en la Cámara de Diputados, quedó de manifiesto que se trató de encontrar un equilibrio entre las facultades de la administración y el control judicial, otorgando una flexibilidad pero acotando la discrecionalidad a través de controles recíprocos de la administración y el juez de control de ejecución¹⁷.

El SENAME es el que tiene la iniciativa para solicitar el traslado o la permanencia del condenado mayor de 18 años al que le resten más de 6 meses para el cumplimiento de la condena. La ley es clara en cuanto a establecer la obligación “evacuará” y el plazo de al menos 3 meses antes del cumplimiento de la mayoría de edad (art. 56. incisos 3 y 4).

15 La interpretación del artículo 56 debe ser de derecho estricto y de carácter restrictivo, se trata, en consecuencia de una facultad excepcional que se aplica únicamente a personas condenadas a internación en régimen cerrado. En el caso de la sanción transitoria de hasta por 90 días, no cabe duda de esta interpretación. La otra hipótesis de sustitución de un régimen por otro en caso de incumplimiento, en cambio, merece dudas porque se estaría ante la ejecución de una pena de internación en régimen cerrado, pero en este caso debería primar la interpretación restrictiva, - atendiendo a que la sustitución por una pena agravada contenida en el artículo 52 n° 6 es también de dudosa legalidad y proporcionalidad - y que, además, podríamos estar en un caso de vulneración del non bis in ídem, en cuanto se estaría ante una sustitución por agravamiento de la pena por quebrantamiento y una nueva agravación al imponerle una pena de adultos ejecutada en un Centro penitenciario.

16 En la doctrina y derecho comparado esta facultad se conoce como “arresto por desobediencia” y ha sido fuertemente criticada. Véase por todos ALBRECHT, P.A.: “El derecho penal de menores”, traducción de la primera edición alemana por Juan Bustos Ramírez, PPU, Barcelona, 1990.

17 El Diputado Bustos fue partidario de dar cierta flexibilidad al Servicio Nacional de Menores para resolver conjuntamente con el tribunal de cumplimiento, idea acogida por el Diputado Burgos, condicionada a que fuera flexibilidad pero no discrecionalidad, HL, p. 183.

De la redacción de la Ley se desprende que el informe de SENAME es preceptivo, aunque su contenido no es vinculante, para la decisión judicial. Sin informe del SENAME, no es posible ordenar el traslado. Sin embargo, es evidente que la permanencia del condenado en el Centro Cerrado se producirá ante la inacción del SENAME, por lo que, más allá del cumplimiento de los deberes funcionarios, el silencio de la administración tendrá como efecto la permanencia del condenado en el Centro.

La ley establece que el informe de SENAME debe ser comunicado a las partes involucradas en el proceso, sin entregar roles específicos a los intervinientes, particularmente al Ministerio Público, por lo que debemos remitirnos a lo dispuesto en artículo 50 de la ley, que establece “la competencia de los conflictos de derecho que se susciten durante la ejecución al juez de garantía del lugar donde ésta deba cumplirse” y en su inciso segundo, establece que resolverá previa audiencia.

El carácter preceptivo del Informe del SENAME no impide que el Ministerio Público y, particularmente la Defensa, puedan aportar antecedentes adicionales, que permitan que el juez cuente con más información sobre el proceso de reinserción social del adolescente. El juez deberá fundar la decisión principalmente en la valoración que realice sobre los informes técnicos, sean estos de SENAME o aportados por los intervinientes.

Los intervinientes, en consecuencia, deberán concurrir a la audiencia y hacer valer sus puntos de vista, en relación a la solicitud de traslado o permanencia realizada por el SENAME.

El rol y el peso de la actuación del Ministerio Público, dependerá en gran parte sobre la posición que tenga el juez sobre la naturaleza jurídica del traslado. Si como se sostiene aquí el traslado significa una modificación sustantiva de la pena impuesta, pasando de una pena de adolescentes a una pena de adultos la posición del Ministerio Público debería ser especialmente relevante.

El fortalecimiento de las facultades del Ministerio Público, para orientar la persecución penal en el ámbito de adolescentes en el sistema chileno puede desprenderse, entre otras, de la reglas especiales establecidas en el artículo 27 sobre procedencia del procedimiento simplificado, el artículo 35 sobre aplicación del principio de oportunidad. Con todo en relación a este tema el Ministerio Público en Chile parece haber asumido una posición relativamente pasiva y orientada de un modo automático a favorecer el traslado, según se dispone en Instructivo del Fiscal Nacional:

Los incisos 2° y 3° del artículo 56 de la LRPA, se refieren a la ejecución de la pena de internación en régimen cerrado, estableciendo reglas para el caso que el adolescente alcance la mayoría de edad.

Así, si le restan menos de seis meses el adolescente debe permanecer en el centro de privación de libertad de SENAME. Si, por el contrario, le restan por cumplir más de seis meses de internación en régimen cerrado, el tribunal debe resolver si termina de cumplirla en un recinto penitenciario administrado por Gendarmería de Chile, previo informe del SENAME. En

este último caso, los fiscales **deberán instar por el traslado a Gendarmería de Chile**¹⁸ (el destacado es nuestro).

A modo de contraste puede apreciarse la posición de la Fiscalía General del Estado de España que en su Circular N° 1/2007, establece una posición abierta que permite a los fiscales asumir posiciones diversas, considerando siempre el traslado como una medida excepcional, por lo que el punto de partida parece ser el contrario al asumido por el instructivo chileno:

1.o El cumplimiento en Centro penitenciario sólo podrá aplicarse ante medidas de internamiento en régimen cerrado, no siendo factible la remisión al Centro penitenciario cuando quien alcanza 18 o 21 años cumpla otras medidas de internamiento (semiabierto, abierto, terapéutico o permanencias de fines de semana)

2.o Con carácter previo a la adopción de esta decisión es necesario dar audiencia a las partes (Ministerio Fiscal, letrado del menor) y a los órganos técnicos de asesoramiento (equipo técnico y entidad pública de protección o reforma de menores).

3.o La falta de ajuste entre la conducta del interno y los objetivos, como fundamento de la decisión de traslado, ha de estar basada en un comportamiento imputable al ejecutoriado. Por tanto, cuando el desajuste se produzca por otros óbices lo que procederá es que los Sres. Fiscales promuevan la adopción de las medidas oportunas para superarlos.

4.o Deberán en todo caso partir los Sres. Fiscales de que la habilitación para trasladar al mayor de 18 años al Centro penitenciario es una excepción a la regla general, y desde esa excepcionalidad deberá ser entendida, interpretada y aplicada¹⁹.

iii) Informe técnico

Los incisos tercero y cuarto del artículo 56 establecen la obligación de efectuar un informe técnico del SENAME para justificar el traslado. Esta exigencia, agregada en el Senado, tiene por finalidad que el Tribunal que ordena el traslado o la permanencia, cuente con los medios suficientes para poder evaluar la conveniencia de la medida.

En la lógica del proyecto original en que se establecía excepcionalmente la facultad del SENAME para pedir la autorización judicial para mantener al condenado en el régimen especial de adolescentes parecía desprenderse que en una lectura literal de la ley que el informe sería un requisito para ordenar la

18 Oficio FN 483/2009, pp. 21-22 disponible en <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=10>, última visita 20 de octubre 2014.

19 Circular Num. 1/2007: Criterios Interpretativos tras la reforma de la Legislación Penal de menores de 2006, contenida en: Ministerio de Justicia del Gobierno de España: "Circulares, Instrucciones y Consultas de la Fiscalía General del Estado (2007), Año LXII Suplemento al núm. 2054 De 1 de febrero de 2008, Madrid, p. 78.

permanencia en lugar del traslado. Dicho de otro modo, que en ausencia de un informe favorable a la permanencia en el Centro de SENAME el juez pudiera sin más ordenar el traslado al recinto penitenciario, aunque en el Proyecto SENAME mantenía la responsabilidad de la ejecución especializada. En la lógica del proyecto original, el régimen no cambiaba, sólo el lugar de cumplimiento, por lo que, al menos formalmente, se podía sostener que se trataba de una ejecución especializada.

Sin embargo, esta estructura fue abandonada posteriormente y debe confrontarse con los cambios ocurridos durante la tramitación que, si bien mejoraron el texto en cuanto a darle un soporte al menos formalmente legal al ingreso a los recintos penitenciarios administrados por Gendarmería, por otro lado debilitaron la ejecución especializada al eliminar el requisito que los condenados estuvieran sometidos al mismo régimen legal que tenían como adolescentes, y la privación de libertad fuera administrada y responsabilidad de SENAME, aunque en Centros de Gendarmería. En la redacción definitiva, en cambio, tanto el lugar como el régimen son responsabilidad del sistema penitenciario de adultos, teniendo como única garantía - de carácter reglamentario - la segregación.

De este modo, la introducción por el Ejecutivo en el Senado de la obligación de emitir informes técnicos, sirve de contrapeso a las facultades de traslado, estableciéndose claramente que “el Servicio Nacional de Menores evacuará un informe fundado al juez de control de ejecución en que solicite la permanencia en el centro cerrado de privación de libertad o sugiera su traslado a un recinto penitenciario administrado por Gendarmería de Chile”, es decir el informe deberá pronunciarse *fundadamente* en uno u otro sentido y enviarse a lo menos con tres meses de anterioridad al cumplimiento de los 18 años.

En consecuencia el juez, para resolver, deberá considerar el informe del SENAME, el cual se constituye en un requisito previo a la decisión. Por una sola cuestión de la secuencia procedimental se podría decir que si el informe no es evacuado, o lo es tardíamente no cabe pronunciamiento del Tribunal sobre la materia.

Pero a esta razón de texto, parece unírsele una razón más relevante relativa a la preeminencia del derecho del condenado a permanecer en un régimen especial de cumplimiento de sanciones penales de adolescentes. La facultad de trasladar al condenado es excepcional, afecta su derecho a la ejecución especializada y, en consecuencia su ejercicio debe encontrarse fundado y pasar por un estricto examen de necesidad, idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto, sobre su procedencia o improcedencia²⁰.

20 Este es el mismo ejercicio que he propuesto en relación a la interpretación del artículo 24 f) de la Ley 20.084, regla de individualización judicial de la sanción penal de adolescentes relativa al criterio de idoneidad. Véase CILLERO BRUÑOL, M.: “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, DPP, Santiago, 2009. No sólo la especialidad se vería infringida, también el Principio de continuidad. La fundamentación contenida debería ser en extrema fundada y debería explicar de qué forma la suspensión del programa, el cambio de los funcionarios, la adaptación del joven a un nuevo entorno y programa, como la relación de la familia con

Si no existen antecedentes que permitan justificar esta medida excepcional, no es posible que el juez la autorice. Por su parte, será la **administración** del Centro de Internación en Régimen Cerrado la que deberá tomar las medidas para asegurar la vigencia del principio de separación al interior del Centro.

Al examinar los fundamentos de hecho que el Tribunal ha de considerar para ordenar el traslado y que le son proporcionados por el informe técnico, ellos se refieren expresamente “al proceso de reinserción social del adolescente, y de la conveniencia para tal fin, de su permanencia en el Centro Cerrado de Privación de Libertad” (art. 56 inciso 4).

El artículo 60 del reglamento de la Ley 20.084 dispone que para emitir el informe el

Director del Centro considerará especialmente los derechos y fines consagrados en los artículos 1º, 2º, 20 y 44 de la Ley 20.084, así como el respeto del adolescente a la normativa disciplinaria de este reglamento.

Estos artículos son relevantes ya que en el artículo 1 se define el alcance de la ley como un sistema autónomo del Derecho penal de adultos, que supletoriamente es complementado por las normas penales sustantivas de aplicación para los adultos; el número 2 remite al interés superior del niño como principio y garantía de los derechos del niño que limitan el poder punitivo, haciendo expresa referencia a la integración del derecho internacional; el artículo 20 remite a los fines socioeducativos de las sanciones; y el artículo 44 se refiere a las condiciones básicas de los Centros privativos de libertad y la necesidad que en ellos existan programas socioeducativos, escolares y actividades que fomenten el respeto por los derechos de las demás personas y el desarrollo persona.

Es decir, el reglamento, entrega directrices claras al Director para que el informe se centre en cuestiones relativas al proceso de reinserción social del adolescente y a la mejor satisfacción de sus derechos y el desarrollo personal.

La referencia al cumplimiento a la normativa disciplinaria deberá enmarcarse en ese contexto y concentrarse en el cumplimiento de las normas relativas a asegurar el programa de reinserción social. Ni la ley ni el reglamento hacen referencia, en estos incisos, a la peligrosidad de las actuaciones del adolescente ni a la interacción con otros internos o adultos que no sea referida a su proceso de reinserción social.

Dicho informe, entonces, no puede referirse a las condiciones de otros internos, al hacinamiento o la imposibilidad de segregación o incluso a eventuales peligros que puedan derivarse de la permanencia del condenado mayor de 18 años en el Centro. No es un informe de conducta o de peligrosidad, sólo un

nuevos funcionarios es una decisión que potencia la realización de los fines de la ejecución identificados en la sentencia condenatoria. El tribunal constitucional federal alemán en el su fallo de 31-05-2006 considera la especialidad, continuidad y normalidad como los pilares de un sistema penitenciario juvenil. Cada decisión que la autoridad enfrente debe cumplir el cedazo de estos principios. Véase al respecto Ostendorf, *Jugendstrafvollzug*, Nomos, 2008, S. 50 (agradezco esta referencia al profesor Álvaro Castro Morales).

pronóstico fundado sobre las mejores perspectivas para el proceso de reinserción social del adolescente, que debe centrarse en el principio de proteger las mejores posibilidades de reinserción social del adolescente y la protección y resguardo de sus derechos y desarrollo (artículo 2 Ley 20.084).

Como parece evidente, es difícil que salvo circunstancias particulares en las que la voluntad o intereses del condenado se encuentren muy definidas a favor del traslado por razones personales, en abstracto el régimen especial de los Centros de SENAME debiera resultar más favorable a la reinserción que el que pueda ofrecer una Sección Juvenil de un recinto penitenciario de adultos, especialmente para jóvenes de edad cercana a los 18 años y que vienen cumpliendo parte importante de su sanción en un Centro especializado de adolescentes.

Dos razones adicionales de carácter consecuencialista o de resultado pueden justificar esta primacía abstracta de la permanencia en los Centros Cerrados de SENAME. Existe evidencia sobre que la continuidad de los tratamientos en el ámbito de ejecución penal aconseja la permanencia de los vínculos personales con los equipos de tratamiento, especialmente en relación a las drogas y la continuidad de las actividades educativas y laborales, la recuperación de la salud y la conformación de planes para la vida en libertad²¹.

La segunda razón es que si se establece prácticamente como una regla que al cumplimiento de la mayoría de edad se producirá un traslado a otro Centro penitenciario, el programa de reinserción social en el Centro de SENAME pierde relevancia y se vulnera el principio de continuidad. En la práctica al ingreso al Centro penitenciario se deberá comenzar de nuevo con el proceso de reinserción social y a la *construcción* de un diagnóstico y relación positiva con el nuevo equipo encargado de administrar su privación de libertad (Título VII del reglamento), orientado a la obtención de la remisión o sustitución de la pena. En consecuencia el período de tiempo de la pena cumplida en el centro especializado pierde relevancia y sentido, careciendo el condenado de una importante motivación para avanzar en su proceso de cambio personal, con lo cual además se podrían aumentar los problemas de falta de voluntad de los

21 Véase por ejemplo la Ministerio de Salud – Chile: “Norma Técnica N° 85 Para el Tratamiento Integral de Adolescentes Infractores de Ley con Consumo Problemático de Alcohol-Drogas y Otros Trastornos de Salud Mental”, 3 de abril de 2006, que establece como uno de los principios de la atención clínica “la continuidad del tratamiento”, (p. 11). En términos más globales véase ONU-DD (OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, más conocida por sus siglas en inglés UNODC): “Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de Delinquentes”, Nueva York, 2013, que enfatiza la relevancia general de la continuidad de la atención en la prisión y a su salida; para la recuperación de la salud física y mental; y para el tratamiento relativo al consumo de alcohol y drogas entre otros. De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia alemana, otro de los principios que deben estar presentes en un derecho de ejecución de sanciones juveniles es el principio de la normalidad, esto es que el régimen penitenciario debe adaptarse en lo posible a las condiciones generales de vida. La comprobación fáctica de las precarias condiciones de las secciones juveniles implican una clara vulneración de este principio. Por su puesto que el informe técnico debe explicar de qué forma las mayores exigencias de seguridad de las secciones juveniles y su precariedad no vulneran el principio de normalidad.

condenados para incorporarse al régimen de actividades del Centro y adaptarse a sus reglas de comportamiento²².

Como es evidente en el ámbito del Derecho penal Adolescente orientado a fines de prevención especial positiva, o al menos de no desocialización, el análisis de las consecuencias empíricas de las consecuencias jurídico penales impuestas no es una concesión al utilitarismo, sino que por el contrario una garantía de vigencia de los principios valorativos que garantizan los derechos fundamentales de los adolescentes imputados o condenados, por lo que los argumentos expuestos precedentemente deben ser especialmente atendidos²³.

iv) Edad del condenado

La ley establece claramente que sólo las personas mayores de 18 años pueden ser trasladados a los recintos penitenciarios Administrados por Gendarmería y, como se dijo, sólo para efectos del cumplimiento de sus condenas.

Asimismo, el inciso segundo dispone que las personas a las que les resten menos de seis meses para el término de sus condenas al cumplir los 18 años, no podrán ser trasladados, o dicho de un modo más directo, tendrán derecho a permanecer en el Centro especializado de SENAME, cuestión que será importante para la interpretación del inciso penúltimo del artículo 56. En síntesis es una prohibición de traslado que constituye una garantía de permanencia en el Centro Especializado de SENAME hasta el cumplimiento íntegro de la pena.

La idea que la permanencia en el Centro de SENAME es un derecho de los condenados que al cumplir 18 años les reste menos de 6 meses para cumplir su sanción, se desprende inequívocamente de la redacción del inciso segundo del artículo 56:

Si al momento de alcanzar los dieciocho años restan por cumplir menos de seis meses de la condena de internación en régimen cerrado, permanecerá en el centro de privación de libertad del Servicio Nacional de Menores.

En consecuencia, ninguna necesidad administrativa del SENAME, incluyendo el cumplimiento de las obligaciones derivadas del principio de separación entre condenados adultos y adolescentes, podrá justificar el traslado de las perso-

22 Estas ideas son planteadas por diversos autores partidarios de sistemas progresivos de ejecución penal orientadas a la prevención especial positiva y especialistas en Derecho penal de adolescentes, siendo importantes las elaboraciones relativas a la idea de desistimiento. Respecto a las penas desocializadoras, que no presentan orientaciones claras hacia la reinserción social la Corte Interamericana de Derechos Humanos acaba de pronunciarse contrariamente en el caso Mendoza y otros contra Argentina, contra penas que no se orienten a la reintegración social en la línea del artículo 40.1 de la Convención sobre Derechos del Niño, ya sea por su duración exagerada o por los largos períodos de espera para proceder a su revisión.

23 Sobre el principio de orientación a las consecuencias véase por todos HASSEMER, W.: "Fundamentos del Derecho Penal", traducción de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Ed. Bosch, Barcelona, 1984. pp. 34-35 y 40

nas mayores de 18 años condenadas, cualquiera sea su edad, si al momento de cumplir dicha edad les restan menos de seis meses de condena.

Pese a la claridad de la regla, podría aún plantearse una duda en el caso que un condenado que al cumplir los 18 años de edad tuviere un plazo mayor a 6 meses para el término de su condena y vistos los informes el Tribunal en uso de sus atribuciones ordenara su permanencia en el Centro de SENAME, ¿puede SENAME en uso de las facultades del inciso quinto pedir posteriormente el traslado fundado en la conveniencia para el proceso de reinserción social, aun cuando al momento de solicitarlo resten menos de 6 meses de condena?

Una interpretación literal del texto, parecería permitirlo, pero nuevamente es necesario atender a una hermenéutica que fortalezca el respeto de los derechos del condenado y las finalidades de la intervención establecidas en la Ley penal adolescente.

El fundamento de la prohibición de traslado – o de la garantía de permanencia – cuando resten 6 meses para el cumplimiento debe encontrarse justamente en las ideas de *continuidad del tratamiento* y de *eficacia de las intervenciones basadas en la prevención especial positiva*, a los que se hizo referencia. Los traslados afectan al sujeto y a los equipos de intervención, a las familias del condenado y a los procesos de transición entre la privación de libertad y la liberación, frustrando los fines de la intervención penal de adolescentes²⁴.

La interpretación más adecuada a los fines de la Ley 20.084 y a los principios de especialidad y separación sería que la excepcional facultad de trasladar al sujeto a un recinto penal de adultos no puede ejercerse si restan menos de 6 meses para el cumplimiento de la pena²⁵.

Más aún, debiera considerarse también la situación del condenado en relación a que el traslado no afecte el proceso de salida anticipada en libertad ya sea por aplicación de la remisión o la sustitución de la sanción penal adolescente²⁶.

24 Entre las 10 recomendaciones que BARATTA, realiza para una reconfiguración crítica de la privación de libertad, menciona la “Extensión diacrónica de los programas. Continuidad de las fases carcelaria y postcarcelaria:

Si los programas y servicios son independientes del contexto punitivo-disciplinario, su contenido no necesita ni admite divisiones rígidas ni soluciones de continuidad relativas a la condición de detenido o de ex detenido de sus usufructuarios.

Donde sea posible, podrán los detenidos ser admitidos oportunamente en los servicios ambulatorios y en otros programas fuera de la cárcel, lo cual permitirá una concentración más racional y la dislocación de ella, y facilitará al mismo tiempo el pasaje del detenido de la cárcel a la vida y asistencia postpenitenciaria. BARATTA, A.: “Resocialización o Control Social. Por un Concepto “Crítico” de Reintegración Social del Condenado”, en *Criminología y Sistema Penal* (compilación in memoriam), Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

25 En este sentido, y de *lege ferenda*, en el caso de sostenerse que los traslados a recintos penitenciarios fueran legítimos y se mantuvieren en el futuro las normas del artículo 56, sería conveniente que se estableciera expresamente la prohibición legal del traslado de condenados mayores de 18 años a recintos penitenciarios si les restan menos de 6 meses para el cumplimiento de la condena.

26 Véase al respecto COUSO SALAS, J.: “Sustitución y Remisión de Sanciones Penales de Adolescentes.

III. b) Garantía de especialización

Como se dijo anteriormente el inciso 1 del artículo 56 recoge el principio de especialidad de enjuiciamiento de las personas imputadas o condenadas por una infracción a la ley penal:

En caso que el imputado o condenado por una infracción a la ley penal fuere mayor de dieciocho años o los cumpliera durante la ejecución de cualquiera de sanciones contempladas en esta ley o durante la tramitación del procedimiento, continuará sometido a las normas de esta ley hasta el término de éste.

Este primer inciso sólo se refiere a una **garantía del procedimiento** por el que se rige el enjuiciamiento, no dejando duda alguna respecto a que no se puede juzgar como adulto a ninguna persona por hechos cometidos como menor de edad y que esta garantía se extiende hasta el término del procedimiento, lo que debe entenderse hasta el término de la ejecución de la sanción, radicándose la competencia en el juez de garantía del lugar en que se ejecuta la privación de libertad, en este caso el recinto de Gendarmería, el que deberá regirse por los procedimientos de control de ejecución de la ley 20.084.

En particular, se deberán resolver por los tribunales competentes temas claves como la aprobación y control del cumplimiento del *programa de reinserción social* que forma parte de la sanción que se debe cumplir en la Sección Juvenil. En este sentido, la aprobación del plan debiera ser realizada por el Tribunal que ordena el traslado, ya que es parte de la pena que se impone y el control corresponde al del lugar al que será trasladado el condenado, siguiendo las reglas generales sobre la materia establecidas en la Ley 20.084.

En relación a la **garantía de ejecución especializada**, esta se encuentra fuertemente debilitada por la posibilidad que las penas sean ejecutadas en recintos penitenciarios Administrados por Gendarmería, sin participación de un órgano especializado, el SENAME, aunque se exige en el inciso 6 que:

En caso de ordenar el tribunal su traslado a un recinto penitenciario, las modalidades de ejecución de dicha condena deberán seguir siendo ejecutadas conforme a las prescripciones de esta ley.

Este requisito es importante porque exige que Gendarmería debe ejecutar la sanción de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Ley 20.084, lo que debe concretarse en la proposición de un programa de reinserción social para que sea aprobado por el Tribunal, cuyo desarrollo será controlado judicialmente.

III. c) Cumplimiento en recinto penitenciario de Gendarmería: el inciso penúltimo del artículo 56

Por indicación del Ejecutivo presentada en el Senado se agregó en el artículo 56 una facultad excepcional al SENAME en los siguientes términos:

Críterios y Límites para las Decisiones en Sede de Control Judicial de las Sanciones”, en Estudios de Derecho Penal Juvenil II, DPP, Santiago, 2011.

Excepcionalmente, el Servicio Nacional de Menores podrá solicitar al tribunal de control competente que autorice el cumplimiento de la internación en régimen cerrado en un recinto administrado por Gendarmería de Chile, cuando el condenado hubiere cumplido la mayoría de edad y sea declarado responsable de la comisión de un delito o incumpla de manera grave el reglamento del centro poniendo en riesgo la vida e integridad física de otras personas.

Del texto transcrito se desprende que es una facultad excepcional que sólo la puede invocar el Servicio Nacional de Menores y que consiste en solicitar *el cumplimiento* de la internación en régimen cerrado en un recinto administrado por Gendarmería de Chile, por causa de la conducta sobreviniente del condenado.

A diferencia de las facultades establecidas en el inciso 3 que se refieren al *traslado*, en este inciso el legislador directamente plantea que la pena se cumple en un recinto de Gendarmería.

La ley habilita a este traslado excepcional debido a conductas calificadas al señalar que puede ser trasladado “por haber sido declarado culpable de la comisión de un delito o incumpla de manera grave el reglamento del centro poniendo en riesgo la vida e integridad física de otras personas”.

Esta disposición presenta diversos problemas de interpretación que a continuación pasan a examinarse. Deben considerarse además las críticas generales que ya se han hecho en relación a que, particularmente bajo esta hipótesis de procedencia, el artículo 56 permite al juez imponer una pena de dudosa legalidad en el sistema penal de adolescentes chileno.

i) Procedencia por ser declarado responsable por la comisión de un delito

Si bien a primera vista el hecho que el condenado cometa un delito al interior del Centro de SENAME debe dar origen a sanciones **administrativas** relativas al cumplimiento parece razonable, la norma transcrita plantea una serie de problemas sistemáticos e interpretativos, ya que, como se ha dicho, las facultades exceden el marco sancionatorio administrativo y se convierten directamente en facultades penales.

En primer lugar de la lectura de la ley parece desprenderse que estamos frente a requisitos copulativos por lo que sólo se aplica a las personas mayores de 18 años que sean declaradas responsables por la comisión de un delito: “*cuando el condenado hubiere cumplido la mayoría de edad y sea declarado responsable de la comisión de un delito*”, por lo que siempre se tratará de condenas como adultos, que concurren con la de internación en régimen cerrado de adolescentes.

Pero en este caso, el requisito que resten más de seis meses no sería aplicable, aunque ello podría resultar lesivo con el principio de igualdad. Por ello, en mi opinión, el juez deberá ponderar las circunstancias del tiempo que resta para el cumplimiento y la conveniencia para el proceso de reinserción social del condenado, junto con las facultades que le otorga este inciso, realizando un

examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricto, para justificar su decisión.

En consecuencia, la solución debe encontrarse en la ejecución de la nueva pena de adultos (para lo cual habría bastado una regla de precedencia que indique que ésta debe cumplirse previamente²⁷) y no en establecer una sanción consistente en la agravación de su régimen de ejecución, convirtiendo el cumplimiento de una pena de adolescentes en una pena o castigo, ejecutada en un centro de adultos.

Se puede aducir que la condena sobreviniente de adultos no diera lugar a una pena privativa de libertad, por lo que no procede su cumplimiento prioritario, pero en este caso el problema es aún más grave. Si un condenado mayor de edad a internación en régimen cerrado es condenado por un robo simple, lesiones o incluso hurto al interior del Centro a una pena de la Ley 18.216 como libertad vigilada, parece del todo desproporcionado que en virtud de esa condena, deba cumplir el resto de la pena de adolescentes privativa de libertad en un recinto penitenciario de adultos, porque en ese caso condenas no privativas de libertad de adolescentes mutarían en penas privativas de libertad de adultos por una condena posterior al margen de todas las reglas legales que regulan la materia.

ii) Incumplimiento de las obligaciones reglamentarias

La hipótesis que el condenado “incumpla de manera grave el reglamento del centro poniendo en riesgo la vida e integridad física de otras personas”, debe entenderse también como un requisito copulativo del cumplimiento de los 18 años, sin importar el tiempo que reste para cumplir la condena.

El artículo 60 del reglamento, regula esta situación acotando la causal a la comisión de faltas graves del artículo 108 del mismo cuerpo normativo, siempre que cumplan con el requisito legal de haber puesto en riesgo la vida o integridad física de otras personas.

El artículo 108 del reglamento dispone, una serie de conductas, que en su mayoría pueden encuadrarse en tipos penales, por lo que bien podría darse el caso que estas situaciones den por resultado una declaración de responsabilidad penal:

Artículo 108. Faltas graves. Son faltas graves las siguientes:

- a) Agredir física o sexualmente, a cualquier persona;
- b) Amenazar seria y plausiblemente con causar un mal importante, a cualquier persona;
- c) Resistirse, grave y activamente, al cumplimiento de las órdenes impartidas por autoridad o funcionario en el ejercicio legítimo de sus atribuciones;

27 Una solución más completa es regular de un modo consiste en la ley la ejecución unificada en caso de concurrencia de penas de adultos y de adolescentes, como es la regla general en el Derecho comparado.

- d) Participar en motines o desórdenes colectivos graves, o instigar a estos actos cuando efectivamente se produzcan;
- e) Intentar o consumir la evasión del centro, o colaborar en la fuga efectuada por otros;
- f) Provocar deliberadamente daños de consideración a dependencias, materiales o efectos del establecimiento, o a las pertenencias de otras personas;
- g) Hurtar o robar pertenencias de sus compañeros, de funcionarios del centro o de las visitas que concurran a éste;
- h) Portar, tener o fabricar armas, elementos destinados a su fabricación u objetos peligrosos para la seguridad de las personas, o prohibidos por la normativa interna del centro;
- i) Tener consigo, guardar, consumir o elaborar sustancias o droga estupefacientes o psicotrópicas, o bebidas alcohólicas;
- j) No regresar al establecimiento después de hacer uso del permiso de salida, sin causa justificada;
- k) Forzar a otro a realizar algunas de las conductas señaladas precedentemente, y
- l) Cometer tres faltas menos graves durante un trimestre.

Sólo estas faltas, y siempre que además haya concurrido riesgo a la vida o integridad física de estas personas, podrá dar lugar a la solicitud.

Esta norma presenta problemas si se examina desde la interdicción del *non bis in ídem* que impide, de una parte, que autoridades de un mismo orden y en virtud de diferentes procedimientos castiguen dos veces un mismo hecho; y de otra, la prohibición de acumulación de sanciones penales y administrativas en los casos de concurrencia de identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Los estándares internacionales han contemplado este principio de forma expresa, por ejemplo las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (regla 30):

- (1) Un recluso sólo podrá ser sancionado conforme a las prescripciones de la ley o reglamento, sin que pueda serlo nunca dos veces por la misma infracción.

Por su parte, la referencia al incumplimiento de las obligaciones reglamentarias aunque sean calificadas pero que no constituye delitos, trastoca completamente el régimen sancionatorio administrativo propio de los sistemas penitenciarios, y los criterios del principio de legalidad por la que se afirma que no hay pena sin delito, y no hay pena sin ley. En la práctica, en el caso de estos incumplimientos la sanción no es la que establece el reglamento de la Ley en sede administrativa, sino que la modificación del modo de cumplimiento de la pena de adolescentes en una pena de adultos.

Es decir, como se ha dicho, se pretende por esta vía imponer una pena de adultos que es inexistente y prohibida por aplicación del artículo 18 del Có-

digo penal a personas condenadas por haber infringido la ley como menores de edad. La autorización de tan excepcional tratamiento estaría justificada por una *infracción al reglamento*, que al revisar las causales, nos podría llevar a la conclusión que son equivalentes a la comisión de delitos, pero que los requisitos no serían una condena en sede penal, sino una declaración de responsabilidad en sede administrativa y una revisión judicial.

La violación al principio de proporcionalidad de estas facultades resulta chocante, especialmente si consideramos que en ningún caso una persona puede ser condenada por hechos cometidos como adolescentes a una pena de adultos –por graves que sean el o los delitos cometidos– y en este caso podría serlo, por el sólo hecho de infringir de un modo grave el reglamento.

Por su parte, también es posible reprochar que las facultades del inciso penúltimo del artículo 56 incumplen la normativa del debido proceso, ya que podría por vía de un proceso administrativo de muy bajos estándares de garantía, obtenerse la misma habilitación para ordenar el cumplimiento de una pena de adultos como pena de adolescentes, que se obtendría luego de una sentencia penal que condenara al sujeto, por ejemplo por un delito de violación o lesiones graves, que son tanto *faltas graves*, como delitos.

Debe dejarse constancia que si los hechos que para los mayores de 18 años justifican el traslado para cumplimiento, fueren cometidos por personas menores de 18 años de edad, no estaría permitido el traslado por lo que la necesidad del traslado para asegurar la integridad o vida de otras personas parece al menos dudosa y contraria al principio de igualdad.

Si un Tribunal considerase que esas facultades son consideradas legalmente válidas en general y se pretendiere excepcionalmente su aplicación en un caso concreto, deberá someterse el caso a un examen de proporcionalidad que permita justificar la necesidad y racionalidad del traslado para el cumplimiento.

Resulta necesario concluir que la aplicación del inciso penúltimo del artículo 56 constituye una forma ilegítima de rebajar los estándares de cumplimiento de los principios de especialidad del Derecho penal adolescente, legalidad de la pena, proporcionalidad y debido proceso, por lo que en un escrutinio de mínima exigencia, en sus dos hipótesis de procedencia, pero especialmente en la de infracción al reglamento, debería considerarse inaplicable por el juez de control de ejecución.

IV. CONCLUSIONES

Del examen realizado al artículo 56 de la Ley 20.084, se puede concluir:

- a. La introducción de la posibilidad de traslado o cumplimiento de la internación en régimen cerrado en centro penitenciario administrado por Gendarmería, rompe el sistema de legal de penas establecido en la ley 20.084, vulnera los principios de legalidad de las penas, especialidad y continuidad de la ejecución penal a la que tienen derecho las personas condenadas por delitos cometidos entre los 14 y 18 años.

- b. El cumplimiento de los 18 años por parte de los imputados o condenados, es un hecho sobreviniente, que no puede autorizar a modificar la naturaleza jurídica de las penas impuestas a los delitos cometidos por menores de 18 años en aplicación de lo dispuesto por el artículo 10 n° 2 del código penal y la normativa internacional.
- c. La disposición vulnera la garantía legal de especialidad del lugar de ejecución y de la administración por SENAME de la internación en régimen cerrado, establecida en la Ley 20.084, no siendo suficiente las normas reglamentarias que crean las secciones juveniles.
- d. La Ley establece una hipótesis general de traslado que requiere la participación de SENAME a través de informe técnico y orden judicial y una hipótesis excepcional en el inciso 7° del artículo 56 por condena por delito o infracción calificada al reglamento.
- e. Tendrán derecho a permanecer en el Centro especializado de SENAME las personas a las que les resten menos de seis meses para el término de sus condenas al cumplir los 18 años.
- f. La aplicación del inciso penúltimo del artículo 56, en sus dos hipótesis de procedencia, constituye una vulneración de los principios de especialidad del Derecho penal adolescente, legalidad de la pena, proporcionalidad y debido proceso.

III. Teorizando los derechos de los niños dentro de la justicia juvenil: el significado de la autonomía y los derechos fundacionales

KATHRYN HOLLINGSWORTH*

Este artículo desarrolla una aproximación teórica a los derechos de los niños en la justicia juvenil, ubicándose dentro de una teoría más amplia de justicia penal en la que la autonomía de los ciudadanos es enfatizada. Entender qué es lo que hace especial los derechos de los niños en el sistema de justicia juvenil exige un análisis de las diferencias que existen entre la autonomía de los niños y la de los adultos. En efecto, una diferencia fundamental es el hecho que, dentro del sistema legal, los niños no son considerados titulares plenamente autónomos de derechos, dado que es durante la niñez en que se recolectan y desarrollan los activos necesarios que luego desarrollarán una plena autonomía. Estos activos deben ser protegidos por una categoría de derechos 'fundacionales'. Este artículo argumenta que un sistema penal para los niños basado en los derechos debe tener, como componente esencial, la protección de frente a un daño irreparable o permanentemente en los derechos fundacionales de los niños. El concepto de los derechos fundacionales puede respaldar y fortalecer las normas internacionales sobre los derechos de los niños, incluidos aquellos relacionados con la edad mínima de responsabilidad penal, las condenas diferenciales para los niños y los adultos, y un sistema de provisión de servicios de reinserción basado en los derechos.

* NOTA: agradecemos a la profesora Hollingsworth su autorización para traducir y publicar este artículo, originalmente impreso en *The Modern Law Review* Vol. 76 (6), 2013. También agradecemos a Diana Morales-Arcila su colaboración en la revisión de la traducción.

Facultad de Derecho de la Universidad de Newcastle. Mis agradecimientos para Thom Brooks, Richard Collier, Jillian Craigie, Andrew Franklin-Hall y Aoife Nolan por leer y comentar las versiones anteriores de este artículo, y para Alan Norrie y Nicky Padfield por discutir conmigo las ideas que contiene. También les debo agradecer los revisores anónimos por sus muy útiles comentarios. Partes del artículo se desarrolló durante una pasantía de investigación en las Universidades de Melbourne, Nueva Gales del Sur, y Otago, instituciones a las que agradezco su apoyo.

A lo largo de la última década, los derechos de los niños se han convertido en una herramienta central para el análisis y las críticas al sistema de justicia juvenil en Inglaterra y Gales. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDNONU)¹ han entregado el marco para académicos,² organizaciones no gubernamentales,³ y entidades de derechos internacionales⁴ para evaluar si una aproximación ‘proactiva’ basada en los derechos,⁵ o una cultura de derechos de los niños, es evidente en el tratamiento de los adolescentes que están en conflicto con la ley.⁶

Estas normas internacionales han constituido y ampliado la base de las impugnaciones legales presentadas por los niños y sus defensores.⁷ Muchas de las peticiones que resultan exitosas han invocado lo que Fergusson denomina ‘derechos para los niños’⁸, es decir, derechos que se extienden a los menores no por el simple hecho de ser menores (los que, en contraste, se denominan ‘derechos de los niños’), sino por su membresía en otro grupo titular de derechos. En el contexto de la justicia penal, estos incluyen los derechos humanos⁹ y los

-
- 1 Véase específicamente CDNONU Arts 37 y 40, y los principios generales en Arts 3, 12, y 16 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) 1985; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) 1990; y el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 10: Los Derechos de los Niños en la Justicia Juvenil (CRC/C/GC/10, 25 de abril, 2007).
 - 2 Por ejemplo, J. Fortin, *Children’s Rights and the Developing Law* (Cambridge: CUP, 3rd ed., 2009) ch 18; *Youth Justice: An International Journal* (2008 8 (3) (edición especial)); y J. Muncie ‘Children’s Rights and Youth Justice’ en B. Franklin (ed.), *The New Handbook on Children’s Rights: Comparative Policy and Practice* (Oxford: OUP, 2002).
 - 3 Children’s Rights Alliance for England, *Doing Right by Children: Making a Reality of Children’s Rights in the Family and Juvenile Justice System* (Londres, 2011).
 - 4 United Nations Committee on the Rights of the Child, *Concluding Observations on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, CRC/C/GBR/CO/4, October 3 2008, paras 35 and 77) and the Memorandum by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Strasbourg, 17 de Octubre, 2008 en <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1356037&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679> (visitada por última vez el 22 de junio, 2013).
 - 5 S. Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties* (Oxford: OUP, 2008) 33.
 - 6 Sobre el uso de la CDNONU como una herramienta de evaluación véase U. Kilkelly, ‘Using the Convention on the Rights of the Child in Law and Policy’ en A. Invernizzi y J. Williams (eds), *The Human Rights of Children: From Visions to Implementation* (Farnham: Ashgate, 2011).
 - 7 Véase Kilkelly, *ibid* sobre la utilidad de la CDNONU en los litigios estratégicos y para la auditoría.
 - 8 L. Ferguson, ‘Not Merely Rights for Children but Children’s Rights: The Theory Gap and the Assumption of the Importance of Children’s Rights’ (2013) *International Journal of Children’s Rights* (próximo a publicarse).
 - 9 Porque ‘los niños son humanos’ también. J. Herring, *Family Law* (Harlow: Longman, 5th ed., 2011) 434 citado por Ferguson, *ibid*, 5. En el contexto de la justicia penal, los ejemplos de los derechos

derechos que protegen los intereses *qua* del imputado, tales como el derecho a una audiencia imparcial y el derecho a no auto-incriminarse.¹⁰ Estos derechos se convierten en ‘derechos para niños’ pues su contenido se extiende y adapta a los menores¹¹ con el fin de dar cuenta de las diferencias, presuntas o reales, en su capacidad y vulnerabilidad.¹²

Sin embargo, las normas internacionales sobre los derechos (de los niños) han sido menos exitosas en resolver algunas graves y reconocidas, debilidades del sistema de justicia juvenil, incluyendo la temprana edad en la que el menor puede considerarse penalmente responsable,¹³ el uso (excesivo) de la pena privativa de la libertad (como la que se aplica a los adultos),¹⁴ y una inadecuada reinserción.¹⁵ Esto no se debe necesariamente a deficiencias en el contenido de las normas internacionales, o en las debilidades de los mecanismos de ejecución de estas normas.¹⁶ Al contrario, el fracaso en la práctica de los derechos

humanos de los niños incluyen *R (on the application of C) v The Secretary of State for Justice* [2008] EWCA Civ 882; [2009] QB 657 y *R (on the application of BP) v Secretary of State for the Home Department* [2003] EWHC 1963 (Admin) en [27] (aunque el solicitante fracasó en los hechos particulares del caso).

- 10 Por ejemplo, *V v United Kingdom* (1999) 30 EHRR 121; *SC v United Kingdom* (2004) 40 EHRR 10; *R (on the application of K) v Parole Board* [2006] EWHC 2413 (Admin); [2006] Todo ER (D) 75R; *R (on the application of C) v Sevenoaks Youth Court* [2010] 1 Todo ER 735; y *R (On the application of HC) (a child, by his litigation friend CC) v The Secretary of State for the Home Department; The Commissioner of Police of the Metropolis* [2013] EWHC 982 (Admin).
- 11 Por ejemplo, véase la extensión de los derechos al debido proceso (tipo ‘Miranda’) a los menores por la Corte Suprema de los EEUU en *In re Gault* 387 US 1 (1966).
- 12 Véase n 11 y 12 arriba.
- 13 La edad de responsabilidad penal sigue siendo 10 (*Children and Young Persons Act 1933*, s 50). Véase *V v United Kingdom* n 10 arriba, y la discusión en la sección titulada ‘¿Un Sistema de Justicia Juvenil basado en los Derechos de los Niños?’ abajo.
- 14 Las tasas de custodia de los menores han caído significativamente durante los últimos cuatro años, pero esto parece obedecer a factores políticos y económicos, y no a los derechos (véase T Bateman ‘Who Pulled the Plug? Towards an Explanation of the Fall in Child Imprisonment in England and Wales’ (2012) 12 *Youth Justice: An International Journal* 36). Sobre los límites de los derechos en cuanto al tipo y la disponibilidad del encierro, véase la impugnación fracasada a la decisión del Youth Justice Board (YJB) de reducir el número de camas que administra en hogares infantiles seguros: *R (on the application of Secure Services Ltd and others) v Youth Justice Board* [2009] EWHC 2347 (Admin).
- 15 Por ejemplo, un niño que sale de la custodia debe superar el alto umbral del CEDR, Art 3 o depender de los derechos que le otorgan otra condición legal como por ejemplo de alguien que ha salido de custodia, para que pueda tener derecho a la readaptación. Véase K. Hollingworth, ‘Securing Responsibility, Achieving Parity? The Legal Support for Children Leaving Custody’ (2013) 33 *LS* 22.
- 16 Aunque es probable que esto sea un factor contribuyente para la CDNONU, la que no es ejecutable nacionalmente en la ley británica, y que actualmente sólo tiene un sistema de información estatal basado en el comité (aunque un Protocolo Facultativo a la Convención ha introducido un mecanismo de reclamos individuales que entrará en vigencia al ser ratificado por 10 estados miembros).

de los niños en la justicia juvenil se explica en un vacío teórico.¹⁷ A pesar de la existencia de reclamos para proteger los derechos de los menores, hay una serie de conflictos de “naturaleza filosófica que siguen sin resolver”.¹⁸

Los derechos para los niños, tales como como los derechos que tienen por su calidad de imputado, parecen estar menos afectados por el mencionado vacío teórico, pues el menor tiene la misma calidad de titular de derechos que tiene el imputado adulto. El hecho de variar el contenido de los derechos para que sean apropiados para los menores – por ejemplo, alterar el ambiente físico de la sala del tribunal para que sea menos intimidante y facilite la participación efectiva del menor, de acuerdo al artículo 6 del CEDH – corresponde a una cuestión de igualdad. En contraste, usar los derechos para, por ejemplo, respaldar decisiones sobre la edad mínima de responsabilidad penal (EMRP), fijar condenas diferenciales para adultos y menores y aumentar las obligaciones para asegurar la reinserción, es una tarea más compleja debido a que estos son ejemplos de derechos *de los niños* propiamente dichos; es decir, que dependen del reconocimiento y la priorización de la condición distinta de los niños como base para un otorgar un tratamiento diferenciado. Esto presenta una dificultad conceptual: ¿cómo pueden las solicitudes basadas en los derechos y fundadas en la condición especial y distintiva de los niños (por ejemplo, condenas menos severas, más derechos de reinserción) hacerse conjuntamente con las solicitudes basadas en los derechos que los menores comparten con los adultos (por ejemplo el derecho al debido proceso)? Esto sólo puede lograrse a través del desarrollo de una aproximación teórica que concilie la condición dual de los menores en el sistema penal: como menor y como infractor (sospechoso).¹⁹

Esta brecha teórica se hace más evidente al considerar cómo se construyen los argumentos que pretenden aumentar la edad mínima de responsabilidad penal, que están a favor de las condenas diferenciales y de los derechos de reinserción de los niños. Estas solicitudes se fundamentan en la condición de los niños en su calidad de imputados, intentando demostrar cómo, *vis-à-vis* a esa condición, los niños son diferentes de los adultos. Entre estas diferencias sobresale aquella que proclama que los niños menores de una cierta edad no tienen las capacidades requeridas para ser penalmente responsables, o que los menores de 18 años son menos culpables debido a que tienen una capacidad reducida para controlar su voluntad y para razonar cognitiva y moralmente, o que la identidad en la niñez no está totalmente definida y por lo tanto los programas preventivos y de reinserción para los menores tienen mejores resultados que en los adultos. Enmarcar las diferencias entre los adultos y los niños dentro del paradigma penal evita las dificultades conceptuales identificadas arriba,

17 Ferguson, n 8 arriba.

18 Comentario Oficial sobre las Reglas de Beijing, n 1 arriba. Véase también Ferguson *ibid*, sobre el punto más general sobre la práctica de los derechos de los niños y la falta de coherencia teórica.

19 Véase R. Dixon, y M. Nussbaum ‘Children’s Rights and a Capabilities Approach’ (2012) 97 *Cornell L. Rev* 549 para una teorización reciente sobre los derechos de los niños usando una aproximación basada en las capacidades para lograr una reconciliación parecida entre el bienestar de los niños y los derechos de agencia.

pero implica que el tratamiento especial de los niños dependa del estrecho y altamente controvertido debate sobre las diferencias en las capacidades relacionadas con la edad. Este debate inicia y se enfoca en la clase de capacidades requeridas en el contexto penal y a qué edad se adquieren esas capacidades, acudiendo a pruebas científicas o argumentos de ‘sentido común’ para respaldar las distintas posturas.²⁰

Esto no significa que las diferencias en capacidades sean irrelevantes. Sin embargo, hay diferencias mucho más esenciales entre los niños y los adultos como titulares de derechos, las cuales, si se articulan, pueden servir de base para justificar algunas de las normas claves sobre los derechos de los niños en la justicia juvenil (incluyendo, de forma más amplia, los derechos mencionados arriba), y así fortalecer su aplicación en la práctica. Sin embargo, esto debe hacerse de forma tal que no quebrante la condición y los derechos del niño como un (presunto) infractor.

El objetivo de este artículo es desarrollar una aproximación teórica a los derechos de los menores en la justicia juvenil, capaz de articular y reconciliar la condición dual ya mencionada: como infractor y como menor. Dicho objetivo se logra ubicando los derechos de los niños dentro de una teoría más amplia sobre la justicia criminal basada en los derechos. Mi argumento parte de la base que un sistema de justicia penal compatible con los derechos en una democracia liberal, debe ser consistente con la autonomía de los ciudadanos. La autonomía comprende dos elementos esenciales: el primero es la ‘agencia’ (la capacidad de elección); el segundo es la ‘autonomía plena’. Ambos son necesarios para entender los derechos del niño: la agencia ayuda a explicar la condición que comparten los niños con los adultos como titulares de derechos en el contexto penal, mientras que la autonomía ayuda a explicar las diferencias. La ‘autonomía plena’ deriva de una definición de la autonomía que es relacional y fundada en un enfoque de capacidades, que sirve para destacar la importancia de las experiencias de la niñez y de las relaciones en la capacidad de una persona de vivir de forma autónoma. Específicamente, se argumenta que la niñez es un tiempo para recolectar y desarrollar ‘activos’²¹ que son considerados esenciales (en la entidad política específica) para que todos puedan disfrutar de una adultez plenamente autónoma (en términos de las relaciones y las capacidades). Estos activos deben ser protegidos por una categoría de derechos denominados ‘fundacionales’. Es importante destacar que la diferencia entre la capacidad de los niños y la de los adultos de autonomía plena que respalda el concepto de los derechos fundacionales no depende totalmente de las afirmaciones empíricas; también se derive de la condición legal de los niños.

20 Véase E. Buss ‘What the Law Should (and Should Not) Learn from Child Development’ (2009) 38 *Hofstra L Rev* 13, para una excelente descripción de las dificultades de depender de la ciencia social y de evidencia de la neurociencia para entender la capacidad y las diferencias entre adultos y los niños.

21 He tomado prestado el término ‘activos’ del trabajo de Martha Fineman sobre la vulnerabilidad, un término que dice que construye sobre la base de las narrativas relacionales de la autonomía (para más información ver abajo). M. Fineman, ‘The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition’ (2008) 20 *Yale J L & Feminism* 1.

Reconocer la existencia y la importancia de los ‘derechos fundacionales de los niños permite mayor claridad conceptual para entender los requisitos de un sistema de justicia juvenil que sea consistente con los derechos: no sólo debe ser consistente con la agencia actual del niño (como lo es para los adultos), sino también con su capacidad futura de autonomía plena, protegida por sus derechos fundacionales. Por lo tanto, el Estado debería estar obligado a asegurar que el sistema de justicia juvenil se estructure de tal manera que los derechos fundacionales de los niños no se dañen de forma permanente o irreparable.

EL PAPEL CENTRAL DE LA AUTONOMÍA EN UN SISTEMA DE JUSTICIA PENAL Y JUVENIL BASADO EN LOS DERECHOS

La autonomía no es la única base conceptual de los derechos²², pero es central en las teorías constitucionales del derecho penal en las que se basa mi argumento.²³ Parto de la premisa de que el castigo es una forma de fuerza coercitiva que inflige dolor de forma deliberada y que restringe las libertades, por tanto es la antítesis del deber del Estado democrático liberal –y la fuente de su legitimidad– de proteger de forma igual los derechos y los intereses de sus ciudadanos.²⁴ Es necesaria entonces una justificación política para legitimar el uso de esta fuerza.²⁵ Esta justificación se logra cuando el derecho penal entrega las condiciones necesarias para permitir que miembros de la comunidad política convivan en una comunidad como agentes morales libres e iguales.²⁶ En tales condiciones, cuando un delincuente infringe la ley, niega no sólo los derechos

22 Y específicamente no lo es para los derechos humanos: la vulnerabilidad y la dignidad entregan dos alternativas. Por ejemplo, véase B. Turner, *Vulnerability and Human Rights* (University Park, Pa: Pennsylvania State University Press, 2006); Dixon y Nussbaum, n 19 arriba y M. Freeman ‘Upholding the Dignity and Best Interests of Children: International Law and the Corporal Punishment of Children’ (2010) 73 *Law & Contemporary Legal Problems* 211.

23 Yo utilizo la teoría de derecho penal de forma inclusiva, según M. Dubber, ‘Legitimizing Penal Law’ (2007) 28 *Cardozo L Rev* 2597, 2607: ‘[una] teoría de derecho penal es una teoría no sólo del derecho penal sustantivo ... sino que también del derecho penal procesal, y del derecho de la ejecución del castigo’.

24 De ahí el ‘dilema político’ de Dubber: ¿cómo puede un Estado que deriva su legitimidad de la protección de los derechos de sus constituyentes violar los mismos derechos cuya protección justifica su existencia? Dubber, *ibid*, 2597. Véase también M. Thorburn, ‘Criminal Law as Public Law’ en R. A. Duff y S. P. Green (eds), *Philosophical Foundations of Criminal Law* (Oxford: OUP, 2011).

25 Por eso las aproximaciones constitucionales al derecho penal se enfocan en preguntar cuándo es legítimo restringir y confinar a un agente libre, en vez de preguntar cuándo es apropiado condenar moralmente las acciones o carácter reprochables de un individuo. Véase A. Brudner, *Punishment and Freedom: A Liberal Theory of Penal Justice* (Oxford: OUP, 2009) 15 y G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1978). Contraste con (por ejemplo) J. Gardner, ‘Introduction’ en *Punishment and Responsibility* (Oxford: OUP, 2nd ed., 2008) y A. Duff, *Punishment, Communication and Community* (Oxford: OUP, 2001).

26 Thorburn, n 24 arriba, 42.

de la víctima sino que también niega su propia condición como agente moral de igual valor; quebrantando el sistema de derechos. El castigo desconoce esa negación y restaura el sistema de derechos que protege tanto la libertad del delincuente como la de la víctima. De esta manera el castigo puede considerarse como un autocastigo consensuado y no como una fuerza coercitiva.²⁷

A este respecto, todos los agentes deben aceptar el sistema de castigo como consistente con su libertad. Aquí se distinguen dos tipos de libertad o autonomía.²⁸ Primero, la autonomía como agencia. La agencia – la capacidad básica de elección – es un interés compartido por todos los agentes pues es la base de su condición de titulares derechos como miembros de la comunidad política²⁹ y por lo tanto también es la base de la responsabilidad criminal.³⁰ Para los menores, esto significa, prima facie, que cuando llegan a desarrollar la capacidad de agencia, adquieren tanto titularidad de derechos como responsabilidad penal.

Al equiparar la condición de derechos y la responsabilidad penal con la agencia se beneficia a los niños de varias formas. Primero, ‘honra’ al menor cuando lo hace responsable penalmente reconociendo su condición de titular de derechos.³¹ Segundo, al someter al menor a procesos penales, como los de los adultos, es necesario que tengan un tratamiento basado en los principios de igualdad, debido proceso y justicia.³² Esto implica que un sistema de justicia

27 Esta es la base de la aproximación hegeliana al castigo. Véase G.W.F. Hegel, *Elements of the Philosophy of Right* (Cambridge: CUP, 1991) y para discusiones, aplicación y crítica véase entre otros A. Norrie, *Law, Ideology and Punishment: Retrieval and Critique of the Liberal Ideal of Criminal Justice* (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1991); M. Dubber, ‘Rediscovering Hegel’s Theory of Crime and Punishment’ (1994) 92 Mich L Rev 1577; Brudner, n 25 arriba, y T. Brooks, ‘Hegel and the Unified Theory of Punishment’ en T. Brooks, *Hegel’s Philosophy of Rights* (Chichester: Blackwell Publishing Ltd., 2012).

28 El análisis se basa en la explicación retributivista legal de Brudner, n 25 arriba.

29 Mi preocupación aquí es con el estatus de derechos políticos o legales. Si los niños que no tienen esta capacidad son o no titulares de derechos en un sentido moral va más allá del alcance de este artículo, sin embargo, se puede notar que aunque la mayoría de los teóricos de los derechos de los niños separan la agencia del estatus de derechos, sigue siendo tema de debate teórico; véase por ejemplo, J. Griffin, ‘Do Children have Rights?’ en D. Archard y C. Macloed (eds), *The Moral and Political Status of Children* (Oxford: OUP, 2002) y los demás ensayos en esa recopilación. La atribución de estatus de derechos morales a todos los niños no se excluye de mi explicación: uno podría argumentar, por ejemplo, que si la dignidad es la base de los derechos humanos (y si respetar la agencia de una persona es parte de tratarla con dignidad) entonces aquellas personas sin agencia pueden someterse a coerción sin la necesidad de que sea consistente con su autonomía. No obstante lo anterior, se deben tratar con dignidad.

30 Brudner, n 25 arriba, 30: ‘Todos los seres para quienes la libre elección es posible no sólo tienen los mismos derechos de ejercer sus capacidades de elección, también tienen las mismas responsabilidades legales’.

31 Brooks, n 27 arriba, 111.

32 Implicando que sólo aquellos que hayan delinquido pueden ser castigados, y que el castigo debe ser sólo el necesario para desconocer esta negación.

juvenil fundado en poderes discrecionales, como el modelo del bienestar, estaría prohibido bajo este enfoque.³³ Finalmente, impone límites sobre el tipo de castigo impuesto. La agencia local de un individuo puede restringirse legítimamente con el castigo,³⁴ pero el castigo que priva de forma permanente a un titular de derechos - incluyendo un niño - de su capacidad de agencia global es ilegítimo en el sentido que le priva de su autonomía durante el curso de su vida.³⁵ En tales circunstancias, el infractor - adulto o menor - no puede aceptar el castigo como consistente con su propia autonomía. Es por esta razón que Dubber argumenta en contra de la pena de muerte como un castigo políticamente justificado.³⁶

Sin embargo, un sistema de castigo basado en los derechos que requiere sólo consistencia con la agencia, siendo esta última la capacidad de ejercer elección, es pobre en al menos dos sentidos. Primero, dado que la capacidad de ejercer la elección se adquiere a una edad muy temprana,³⁷ bajo un enfoque de agencia 'puro' los niños serían criminalmente responsables en una etapa de la vida que la mayoría encontraríamos inaceptable y ofensivo. Segundo, como el titular de derechos imaginado está totalmente desprovisto de todas sus características, experiencias y condiciones sociales, supone que todos los individuos son igualmente capaces de actuar de forma libre cuando en realidad no es así. La justicia formal puede, por lo tanto, conducir a *injusticia social*, especialmente para los menores.

Pero la agencia es solo un aspecto de la libertad que es relevante en el sistema penal. El segundo tipo de libertad es la que yo llamo 'autonomía plena':³⁸ la libertad de ejercer una real elección de forma tal que refleje nuestras preferencias subjetivas, valores y moral. No deseo (ni necesito) argumentar aquí que el derecho penal sustantivo y la responsabilidad penal deben ser estructurados de acuerdo con la autonomía plena; hacerlo podría quebrantar la aceptación

33 Véase la decisión de la Corte Suprema de los EEUU en *In Re Gault* n 11 arriba, que rechazó la doctrina del *parens patriae* como la base del sistema de justicia juvenil. Para un caso bien argumentado contra el bienestar (o los mejores intereses) como base del castigo véase C. Worrell, 'Pretrial Detention of Juveniles: Denial of Equal Protection Masked by the *Parens Patriae* Doctrine' (1995) 95 *Yale L J* 174.

34 La autonomía local se relaciona con la autoridad sobre una decisión particular en un momento específico; el castigo puede restringir legítimamente cómo una persona gasta su dinero, por ejemplo (cuando recibe una multa), o puede requerir que pase su tiempo en servicio comunitario.

35 Sobre la autonomía global y local, véase por ejemplo A. Franklin-Hall, 'About becoming an adult: autonomy and the moral relevance of life's stages' (2013) 63 *The Philosophical Quarterly* 223.

36 *Drubber* n 23 arriba. En los EEUU, la pena de muerte ha sido abolida para los niños pero no para los adultos. Véase *Roper v Simmons* 543 US 551 (2005).

37 S. Brennan, 'Children's Choices or Children's Interests: Which do their Rights Protect?' en *Archard y Macleod*, n 29 arriba, que observa que la capacidad de elegir se adquiere desde la edad de dos o tres pero que no es lo mismo que la capacidad de elegir bien. Aquí, el concepto de la agencia usado es simplemente la capacidad de elegir ya que esto maximiza la atribución de estatus de derechos y no lo niega a aquellos que toman malas elecciones.

38 La definición de autonomía plena se desarrolla en la próxima sección.

del castigo por todos los agentes³⁹ y restringiría de forma demasiado estrecha a quién puede someterse al castigo.⁴⁰ La relevancia de la autonomía plena en mi argumento es más limitada aquí: el beneficiario imaginado del derecho penal es el agente plenamente autónomo, un agente capaz de hacer elecciones para perseguir - dentro de los límites del derecho penal - su propia visión de la buena vida.⁴¹

Es aquí donde aparecen las diferencias entre los niños y los adultos. Aunque la mayoría de los niños adquieren agencia básica a una temprana edad, las capacidades requeridas para ser 'plenamente' autónomo son más numerosas y complejas y se desarrollan y adquieren a lo largo de la niñez y la adolescencia. Una vez que se alcanza la adultez, la ley supone que las capacidades requeridas se han obtenido, y que la persona es plenamente autónoma. Pero supone lo opuesto para los niños, y esa presunción sobre el estatus de los niños como titulares de derechos debe incorporarse al sistema penal. Mi argumento, entonces, es que tal como un sistema de castigo sería ilegítimo si restringiera la capacidad de agencia global de una persona (porque un individuo no puede aceptarlo como consistente con su libertad), también es ilegítimo si restringe permanentemente la capacidad del niño de desarrollar las capacidades necesarias para su autonomía plena (global) en el futuro.

Este es el punto de partida para la reconciliación del estatus y los derechos de los niños como infractores (basado en su capacidad de agencia, que comparten con los adultos) y su estatus y derechos como niño (como agente todavía no plenamente autónomo). La próxima sección establece mi versión de la 'autonomía plena'; una versión arraigada en una explicación de capacidades relacionales y que demuestra el impacto de las experiencias de la niñez y el ambiente social sobre la capacidad de una persona de desarrollar sus capacidades de autonomía plena.

DEFINIENDO LA AUTONOMÍA PLENA: UNA APROXIMACIÓN RELACIONAL Y DE CAPACIDADES

Bajo las explicaciones liberales tradicionales, las condiciones necesarias para la autonomía son mínimas: puede decirse que un individuo es autónomo si

39 Véase Brudner n 25 arriba.

40 Y el estatus de derechos correspondiente. Está fuera del alcance de este artículo considerar la relevancia de un sentido más amplio de la autonomía en el derecho penal per se, y en la responsabilidad de los adultos. Sin embargo, restringir la responsabilidad en circunstancias en las que un individuo elige una acción pero en las que esta acción no refleja sus morales o preferencias más profundas porque sus elecciones son limitadas, por ejemplo por la pobreza, parece a primera vista ser una apelación en base a la justicia social. Véase por ejemplo, B. Hudson, 'Punishment, Poverty, and Hardship: The Case for a Hardship Defence' (1999) 8 *Social and Legal Studies* 583.

41 Brudner, n 25 arriba, usa 'autonomía real' como un segundo tipo de libertad: el 'potencial realización de la libre elección auto-determinada'. Brudner la usa como la base para medir la severidad del acto delictual en el derecho penal.

tiene suficiente capacidad de agencia (la condición interna),⁴² y libertad de perseguir sus preferencias en la ausencia de restricciones externas (la condición externa). Esta versión de la autonomía se funda sobre una explicación normativa y descriptiva de la naturaleza humana, en la que la autosuficiencia se logra con el aislamiento del más amplio contexto social y relacional. Como se observó arriba, aunque una definición restringida de la autonomía tiene ventajas, su estrechez ha sido criticada, especialmente por algunas investigadoras feministas,⁴³ pues limita tanto las circunstancias en las que una persona puede ser considerada autónoma (y los derechos y las obligaciones que acompañan esa consideración⁴⁴), como los tipos de intereses que se consideran merecedores de protección en su nombre.⁴⁵ Es un modelo de autonomía especialmente poco apropiado para las experiencias de los niños.

Autonomía plena: Una aproximación relacional y de capacidades

Una respuesta a las debilidades de la aproximación liberal tradicional, y el punto de partida para el modelo de autonomía infantil desarrollado aquí, es reconceptualizar la autonomía como un concepto relacional.⁴⁶ Las explicaciones filosóficas de la autonomía relacional parten de la premisa de que las personas están ‘socialmente arraigadas’ y que sus identidades se desarrollan dentro del contexto de las relaciones sociales. Desde esta perspectiva, es posible identificar tres formas en las que la autonomía puede ser afectada por la socialización

42 La agencia fue definida estrechamente en la sección anterior para ser la capacidad simple de elección, pero existe desacuerdo entre los filósofos en cuanto a en qué debe consistir la capacidad de agencia - toma de decisiones-, incluyendo si es sólo cognitiva o si también se debe tomar en cuenta el rol de las emociones. En el derecho, el énfasis se ha puesto principalmente sobre la cognición. Véase la explicación y las referencias en V. Ashley, ‘Philosophical Models of Personal Autonomy’ en *The Essex Autonomy Project Green Paper Technical Report 2012*, 12.

43 La aproximación individualista a la autonomía es vista como empíricamente y éticamente problemática, y excluyente de la experiencia femenina. Véase M. Minow, ‘Rights for the Next Generation: A Feminist Approach to Children’s Rights’ (1986) 9 *Harvard Women’s Law Journal* 1, 15 y C. MacKenzie y N. Stoljar (eds), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self* (New York: OUP, 2000) 5.

44 Por ejemplo, en el contexto penal un niño que es capaz de elegir un curso de acción por encima de otro puede considerarse lo suficientemente autónomo para hacerse responsable penalmente; mientras que un niño que llega a la decisión de negar tratamiento médico por motivos religiosos puede ser considerado careciente de la capacidad de actuar de forma autónoma porque supuestamente está demasiado influido por su familia y crianza religiosa.

45 Por ejemplo, el énfasis puesto sobre los deberes del estado de restringir en vez de sus deberes de entregar las condiciones necesarias para actuar de forma autónoma.

46 Véase por ejemplo, J. Nedelsky, ‘Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities’ (1989) 1 *Yale J L & Feminism* 7 y M. Friedman, ‘Autonomy and Social Relationship: Rethinking the Feminist Critique’ en D. Tietjens Meyers (ed), *Feminists Rethink the Self* (Boulder, Colo: Westview, 1997) 55-58 y MacKenzie y Stoljar, n 43 arriba.

y experiencia, e influida por las normas, prácticas y expectativas culturales.⁴⁷ Primero, impacta la formación de los valores, deseos, actitudes y creencias del individuo que conforman su ‘conjunto de motivaciones’, lo cual podría llevar a considerarla autenticidad de las decisiones tomadas por una persona. Segundo, influyen en el desarrollo de las capacidades internas necesarias para actuar de forma autónoma, incluyendo ciertas ‘actitudes hacia uno mismo’ (auto-respeto, auto-confianza y autoestima), además de ciertas capacidades de agencia.⁴⁸ Estas capacidades respaldan y afectan la capacidad de una persona de evaluar su conjunto de motivaciones y tomar decisiones. Finalmente, la experiencia del individuo y la forma en que se ubica dentro de varias estructuras (por ejemplo, la familia, la educación o el empleo) y construcciones sociales (como la raza, el género o la clase) afectan tanto el alcance de sus deseos y acciones pues limita la gama de opciones disponibles⁴⁹ y la capacidad de reconocer que existen dichas opciones.⁵⁰

El enfoque relacional de la autonomía usado aquí se complementa con el enfoque de capacidades desarrollado por Amartya Sen y Martha Nussbaum.⁵¹ Este enfoque mide la libertad examinando las ‘oportunidades’ y ‘las combinaciones alternativas de funcionamientos (seres y haceres) que un individuo puede tener’.⁵² En otras palabras, las oportunidades y funcionamientos constituyen el ‘conjunto de capacidades’ del individuo. De aquí se desprende que una persona es autónoma no sólo cuando es libre de elegir sino cuando tiene una cantidad adecuada de opciones de las que puede elegir.⁵³ De acuerdo con

47 *ibíd.* y véase también S. Brison, ‘Relational Autonomy and Freedom of Expression’ en MacKenzie and Stoljar, *ibíd.* Las condiciones de autonomía bajo las aproximaciones relacionales son variables y pueden ser procesales, altamente substantivas o débilmente substantivas. La narrativa descrita aquí es una débilmente substantiva. Véase C. MacKenzie, ‘Relational Autonomy, Normative Authority and Perfectionism’ 39 (2008) *Journal of Social Philosophy* 512.

48 MacKenzie, *ibíd.* No todas las explicaciones relacionales requieren de estas capacidades para que una persona sea denominada autónoma.

49 Garland por ejemplo, hace una distinción en el contexto penal entre la libertad y la agencia. La agencia es la capacidad de tomar elecciones, y la libertad es que esas elecciones sean reales y no excesivamente restringidas por las experiencias anteriores. Véase D. Garland, ‘“Governmentality” and the Problem of Crime: Foucault, Criminology and Sociology’ (1997) 1 *Theo Crim* 173.

50 Sobre el problema de las ‘preferencias adaptativas’ véase M. Nussbaum, *Women and Human Development: The Capabilities Approach* (Cambridge: CUP, 2000) ch 2.

51 Véase entre otros, A. Sen, *Inequality Re-examined* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1992); A. Sen, *Development as Freedom* (Oxford: OUP, 1999); M. Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality and Species Membership* (Oxford: OUP, 2007); M. Nussbaum, *Creating Capabilities: The Human Development Approach* (Cambridge Mass: Belknap Harvard, 2011).

52 Sen, citado en Nussbaum (2011), *ibíd.*, 20.

53 Véase también J. Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: OUP, 1986) 205: ‘si tener una vida autónoma es un valor definitivo, entonces tener una gama suficiente de opciones aceptables es de valor intrínseco, pues es constituyente de una vida autónoma vivida en circunstancias donde existen alternativas aceptables’.

Brison, se trata de ‘una capacidad adecuada de funcionar’,⁵⁴ o, en palabras de Sen, cuando una persona es capaz de hacer y de ser lo que valora.

Por supuesto, los individuos valoran cosas distintas y el Estado no puede priorizar todas esas preferencias subjetivas. No obstante, como entidad política, podemos intentar articular aquellas capacidades que son consideradas centrales o comunes a todos, y que constituyen la base de la autonomía. Nussbaum ha identificado diez capacidades humanas centrales cuya obtención considera un umbral mínimo para que una sociedad sea considerada ‘justa’.⁵⁵ Varias de ellas dependen de la existencia y del funcionamiento adecuado de las relaciones e instituciones sociales – por ejemplo, ser capaz de ‘imaginar, pensar, razonar’ para entender y responder adecuadamente a las emociones, o establecer afiliaciones sociales y políticas. No pueden desarrollarse en una situación de aislamiento; son esencialmente ‘relacionales’.⁵⁶

La importancia de la niñez para la autonomía plena

Una aproximación relacional y de capacidades pone en evidencia la importancia de la niñez en el desarrollo de las capacidades internas necesarias para desarrollar una autonomía *de facto*.⁵⁷ Aunque nuestra capacidad de autonomía

54 Brison, n 47 arriba, 283.

55 Nussbaum ha refinado su lista a lo largo del tiempo, y estaría abierta a que se desarrolle más. La lista incluye: (1) la vida; (2) la salud corporal (incluyendo la salud, el alimento, el refugio); (3) la integridad corporal; (4) el sentido, la imaginación y el pensamiento (‘imaginar, pensar, razonar ... cultivado por una educación adecuada ... poder usar la mente de formas protegidas por garantías de libertad de expresión ... ser capaz de buscar el sentido definitivo de la vida de la forma que uno desee’); (5) las emociones (‘poder tener vínculos con cosas ... que no se dañe el desarrollo emocional por miedo y ansiedad sobrecogedores, o por eventos traumáticos de abuso y de descuido’); (6) razón práctica (‘poder formar una concepción del bien y del mal y poder participar en la reflexión crítica sobre la planificación de la propia vida’); (7) la afiliación (A - tener compasión y empatía y la capacidad de justicia y amistad y B - tener las bases sociales del auto-respeto y de la no humillación; poder ser tratado como digno e igual); (8) otras especies; (9) el jugar; (10) el control sobre el propio ambiente (A - político, incluyendo la participación política y la libre expresión y B - material - poder tener y disfrutar de la propiedad; el derecho de buscar empleo tal como lo hacen los demás). Véase M. Nussbaum ‘Capabilities and Human Rights’ (1997) 66 Fordham L Rev 273.

56 Varias de las capacidades claves se traslapan con intereses protegidos por tratados de derechos humanos; de hecho, Nussbaum considera la aproximación de capacidades como una ‘especie’ de derecho humano. Sobre la relación entre la aproximación de capacidades y los derechos humanos véase Nussbaum (2007) n 51 arriba, 284 y P. Vizard, S. Fukuda-Parr, y D. Elson, ‘Introduction: The Capability Approach and Human Rights (2011) 12 Journal of Human Development and Capabilities 1.

57 La autonomía de facto es distinta a la autonomía de jure: la segunda se usa aquí para significar el derecho legal de gobernarse, la primera se relaciona con ‘la competencia y las oportunidades necesarias para ejercer ese derecho’, Ashley, n 42 arriba, 6. Estos dos elementos de la autonomía son descritos por Feinberg como la capacidad de gobernarse y el derecho a la autodeterminación. J. Feinberg, ‘The Child’s Right to an Open Future’ en W. Aitken y H. LaFollette (eds), *Whose Child*

se desarrolla y se altera a lo largo de toda una vida,⁵⁸ durante la niñez y la adolescencia estamos expuestos a contextos diseñados específicamente para socializar (principalmente la educación y las relaciones familiares). Esto, probablemente tiene un impacto mucho mayor y duradero sobre nuestro conjunto de motivaciones, destrezas y actitudes necesarias para actuar autónomamente, que los que vivimos más tarde en nuestras vidas.⁵⁹ Esto se refleja en la distinción de Nussbaum entre tres tipos, o niveles, de capacidades: básicas, internas y combinadas.⁶⁰ Las capacidades básicas son ‘equipamiento innato de los individuos que es la base necesaria para el desarrollo de capacidades más avanzadas y un fundamento de la preocupación moral’. Estos son aquellos activos presentes desde el nacimiento, y aunque algunos, como la capacidad de ver y escuchar, están ‘listos para funcionar’, otros son rudimentarios y no pueden ‘convertirse en funcionamientos’. El segundo nivel son las capacidades internas: los ‘estados desarrollados de la persona misma que son... condiciones suficientes para el ejercicio de las funciones requeridas.’⁶¹ El desarrollo de las capacidades internas ocurre en gran parte durante la niñez y la adolescencia. Finalmente, las capacidades internas deben ser complementadas por factores externos – el ambiente político, social, económico (y yo agregaría, legal)⁶² – para asegurar futuras libertades y oportunidades (o potenciales funcionamientos). Estas son lo que Nussbaum denomina las capacidades combinadas: ‘capacidades internas combinadas con las condiciones externas apropiadas para ejercer la función’.⁶³

Los contextos sociales, políticos, económicos y legales, por lo tanto, tienen todos un impacto dual sobre la autonomía de una persona: cada uno impacta el desarrollo de las capacidades internas y cada uno también determina las condiciones que, al estar presentes, permiten que las capacidades internas flo-

(Totawa, NJ: Littlefield, Adams and Co, 1980) 142-143. Véase también Franklin-Hall, n 35 arriba.

58 Podemos perder ciertas capacidades a medida que nos envejecemos, o nos exponemos al daño. En el mismo punto en cuanto a la vulnerabilidad, véase Fineman n 21 arriba.

59 La literatura de la sociología, filosofía, y desarrollo infantil en este asunto es vasta, y controvertida. Para una selección de los trabajos clásicos que consideran la relación entre el ambiente externo y el desarrollo de la identidad del niño y la capacidad de autonomía véase (desde la sociología) la recopilación de ensayos en C. Jenks, *The Sociology of Childhood: Essential Reading* (London: Batsford Academic, 1982); (desde la filosofía) R. Noggle, ‘Autonomy and the Paradox of Self Creation: Infinite Regresses, Finite Selves, and the Limits of Authenticity in J. Taylor (ed), *Personal Autonomy: New Essays on Personal Autonomy and its Role in Contemporary Moral Philosophy* (Cambridge, CUP, 2005) (que argumenta que las actitudes ‘centrales’ forman parte de un marco relativamente estable de la psicología del agente se desarrollan durante la niñez; y (desde la psicología infantil) M. Rutter, ‘Pathways from Childhood to Adult Life’ (1989) 30 *Journal of Child Psychology & Psychiatry* 25; y D. Cicchetti y D. J. Cohen (eds) *Developmental Psychopathology: Risk, Disorder and Adaptation* (New York: Wiley, 1995).

60 Esta es la clasificación que usa Nussbaum en *Women and Human Development*, n 50 arriba.

61 *ibíd.*

62 Véase la sección abajo encabezado ‘El niño como titular de derechos en la comunidad legal y política’.

63 Nussbaum (1997), n 55 arriba, 290.

rezcan de tal forma que una persona pueda disfrutar autonomía plena *de facto*. Los padres o tutores de un niño suelen tener el mayor impacto sobre (y responsabilidad de) el desarrollo de las capacidades internas de un niño. Sin embargo, el Estado también tiene un rol en la formación del ambiente en el que se desarrolla un niño.⁶⁴ Donde el Estado entrega las ‘bases sociales’ adecuadas⁶⁵ (o podríamos usar el término activos) y un ambiente externo no opresivo, el umbral mínimo para la futura autonomía (basada en las capacidades) del niño puede asegurarse mejor. Al contrario, no hacerlo podría tener como efecto la inhibición permanente de las futuras capacidades combinadas del individuo – su capacidad de autonomía plena – pudiendo ser muy difícil de remediar más tarde. Son los intereses que son esenciales en la capacidad del niño para la autonomía plena – los ‘activos’ y el ambiente externo no-opresivo – los que son captados aquí usando el concepto de los derechos fundacionales del niño.⁶⁶

Este modelo entrega un concepto de autonomía más rico que la estrecha aproximación liberal (enfocada en la agencia y la libertad de restricciones exteriores), y argumenta que la niñez, y el ambiente social en el que se experimenta la niñez, es un momento especialmente significativo para desarrollar las capacidades requeridas para ejercer la autonomía plena *de facto*. Esta afirmación es el punto de partida para argumentar que un sistema de justicia juvenil que restringe permanentemente la capacidad de un niño de recolectar los activos necesarios para la autonomía es ilegítimo. Sin embargo, al inicio de artículo los intentos de diferenciar los niños y los adultos fueron criticados, al igual que las obligaciones diferenciales que se les imponen con base en supuestas diferencias empíricas en autonomía. Esta misma crítica puede aplicarse aquí. Es decir, no todos los adultos poseen las capacidades requeridas para la autonomía plena y algunos, sin apoyo adicional, no serían podrían ser plenamente autónomos en algún momento futuro: la capacidad en la adultez no es ni uniforme entre los individuos ni estática a lo largo de la vida de un individuo.⁶⁷ De forma relacionada, algunos niños que están por debajo de la adultez legal ya pueden haber adquirido las capacidades de autonomía plena. Si la justificación de derechos especiales – derechos fundacionales – para niños y no para adultos no puede basarse en las diferencias reales entre los niños y los adultos, entonces ¿dónde se encontrará esa justificación? La respuesta llega

64 Algo especialmente importante cuando (como más abajo) consideramos el niño dentro del sistema de justicia penal.

65 El término es de Nussbaum. Nussbaum acepta que algunos aspectos de nuestras capacidades van más allá del control del Estado porque son afectados por la suerte (ej. nuestra salud es afectada por nuestros genes): pero esto no niega las obligaciones de entregar una fundación social adecuada para nuestras capacidades en lo posible.

66 Por lo tanto, los derechos fundacionales tienen algunas similitudes a los derechos de desarrollo de Eekelaar (J. Eekelaar, ‘The Emergence of Children’s Rights’ (1986) 6 OJLS 161, 170). Aquí, sin embargo, son específicamente articulados dentro del concepto de la autonomía, y por lo tanto tienen un significado especial para la legitimidad del sistema de justicia penal.

67 Buss, n 20 arriba, 41-42, y véase n 58 arriba.

cuando examinamos la condición del niño como titular de derechos dentro de la comunidad legal y política.

EL NIÑO COMO TITULAR DE DERECHOS EN LA COMUNIDAD LEGAL Y POLÍTICA

Aunque los debates teóricos siguen centrados en la relación existente entre autonomía (específicamente la agencia) y el estatus de los derechos, y por lo tanto, si los menores pueden y deben, tener derechos,⁶⁸ el hecho que los menores sean considerados titulares de derechos en la ley no puede cuestionarse.⁶⁹ Sin embargo, los niños no tienen el goce pleno de sus derechos de la misma forma que los adultos. Esto es evidente de dos formas.

Primero, independientemente de si el poder de reclamar o renunciar a un derecho es (teóricamente) el elemento central y decisivo de lo que significa ser un titular de derechos, este poder es, por sí mismo, un tipo de derecho.⁷⁰ La capacidad de un individuo de ejercer la elección de reclamar (o no) un derecho depende no sólo de la autonomía *de facto* (la 'competencia y las oportunidades necesarias para ejercer un derecho'⁷¹) sino también la autonomía *de jure* (el derecho al auto-gobierno). En muchos contextos, el marco legal no reconoce el poder del niño de ejercer sus derechos, no necesariamente porque el derecho haya vinculado erróneamente la competencia real con la competencia legal – en la mayoría de los casos sujeta a una mayoría de edad negando la relevancia de la competencia individual⁷² –, sino porque la competencia es usada como una forma de perseguir otros objetivos. Minow observa que 'otorgarle independencia a alguien es una elección política o moral tomada por cada sociedad para alcanzar (sic) sus propias metas – y no una decisión

68 Particularmente, pero no exclusivamente, infantes y niños jóvenes. Estos debates apuntan a la naturaleza de los derechos y se fundan en las dos explicaciones en conflicto que buscan justificar y definir los derechos: Estos debates llegan a la naturaleza de los derechos: la teoría de la voluntad (véase H.L.A. Hart, 'Definition and Theory in Jurisprudence' (1954) 70 LQR 37 y 'Are There Any Natural Rights?' (1955) 64 Philosophical Review 183) y la teoría de los intereses (véase N. McCormick, 'Children's Rights: A Test Case for Theories of Rights' (1976) 62 Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie 305). Para discusiones más recientes, véase la colección de ensayos en Archard y Macleod, n 29 arriba, y Dixon y Nussbaum, n 19 arriba.

69 Tanto en términos de derechos legales específicos, y derechos que son fundamentales, como los derechos bajo la Human Rights Act. Sobre la relación entre los debates teóricos y la práctica legal, véase Ferguson, n 8 arriba.

70 Campbell los denomina 'derechos de opción', un tipo de 'derecho remedial'. T. Campbell, 'The Rights of the Minor: As person, as Child, as Juvenile, as Future Adult' (1992) 6 International Journal of Law and the Family 1, 5 y 11.

71 n 57 arriba.

72 En algunos contextos, como la toma de decisiones en el tratamiento médico, se hacen esfuerzos para vincular la competencia real a la competencia legal, pero estos pueden anularse si otros objetivos (como la protección del bienestar del niño o tal vez su autonomía global) corren el riesgo de dañarse. Véase Gillick v. West Norfolk y Wisbech Area Health Authority [1986] 1 AC 112 (HL).

racional que se evalúa por medidas psicológicas u otras medidas científicas'.⁷³ La capacidad legal (basada o no en la capacidad real) impacta la forma en que un niño goza de sus derechos, pues trae implícita la posibilidad de que éstos sean invocados directamente por el menor. Si el menor no tiene autonomía *de jure*, la decisión de ejercer 'derechos remediales'⁷⁴ es tomada por un tercero en su nombre (sus padres, un abogado o un juez, por ejemplo) sobre la base de proteger sus intereses, como ocurre en Inglaterra y Gales.⁷⁵ Por eso, en el derecho, los adultos y los niños gozan de sus derechos de formas procesales diferentes.

La segunda forma en la que los adultos y los niños son tratados de forma diferente como titulares de derechos ante la ley es en cuanto al contenido sustantivo de los derechos. Por ejemplo, a veces, el derecho considera que los niños son incapaces de gozar de ciertos intereses protegidos de una forma significativa,⁷⁶ negando así de forma completa el derecho a los niños en vez de permitir que un representante lo reclame o lo renuncie en su nombre. El derecho a votar es un ejemplo.⁷⁷ Por otro lado, la ley otorga derechos adicionales a los niños en reconocimiento de sus vulnerabilidades (físicas, psicológicas, económicas, políticas, legales, o de desarrollo).⁷⁸

Por lo tanto, hay una distinción legal entre los niños y los adultos como titulares autónomos de derechos, tanto procesal (quién reclama y cuándo) como sustan-

73 Minow, n 43 arriba, 5. Mas adelante, argumento a favor de un alejamiento de la inclusión mediante el mapeo de la capacidad real al otorgamiento de derechos (y responsabilidad). Véase sección titulada 'Los Derechos Fundacionales en el Sistema de Justicia Juvenil: Significado, Contenido y Alcance' y '¿Un Sistema de Justicia Juvenil Basado en los Derechos de los Niños?'

74 Campbell n 70 arriba.

75 Las limitaciones de la aproximación de los mejores intereses han sido bien articulados (véase por ejemplo, J. E. Coons y R. H. Mnookin, 'Towards a Theory of Children's Rights' en I. F. G. Baxter y E. M. Eberts (eds), *The Child and the Courts* (Carswell: Sweet and Maxwell, 1978).

76 Sobre la incapacidad de los niños muy jóvenes de gozar moralmente de ciertos derechos específicos (como la libertad de religión) véase H. Brighouse, 'What Rights (if Any) do Children Have?' en Archard y Macleod, n 29 arriba.

77 Este ejemplo sirve para subrayar el punto de Minnow, muchos niños por debajo de la edad de 18 están al menos tan capaces como los adultos de hacer elecciones políticas; sin embargo se les niega el derecho de hacerlo. Esto puede ser porque no serviría los intereses de los partidos políticos dominantes; o porque pensamos que los niños no tomarían la decisión correcta por las razones correctas (véase Brennan, n 37 arriba); o porque no consideramos que una negación temporaria de la autonomía política sea demasiado denigrante para la autonomía del individuo cuando se considera todo su ciclo vital (véase Franklin-Hall, n 35 arriba). Sobre cómo el otorgamiento de derechos puede ayudar a desarrollar a los niños como titulares de derechos véase Buss n 20 arriba, y generalmente sobre la ciudadanía democrática de los niños, A. Nolan, 'The Child as 'Democratic Citizen': Challenging the 'Participation Gap' [2010] PL 767-782.

78 Vulnerabilidad que también puede deberse también a la falta de capacidad. Estos derechos Feinberg los denomina 'derechos-C' que 'aunque no estrictamente específicos a los niños, por lo general son característicos de ellos, y poseídos por adultos sólo en circunstancias anormales'. Feinberg, n 57 arriba, 125. Algunos de estos derechos adicionales pueden clasificarse como 'derechos de los niños' y otros como 'derechos para los niños'.

tiva (qué se reclama). Los niños tienen una condición especial como titulares de derechos ‘en prueba’ en la comunidad legal y política.⁷⁹ La pregunta de si esto se mapea de forma precisa o no en la autonomía *de facto* de los niños no es importante acá. Lo importante es que la niñez es un momento durante el cual el marco legal trata la autonomía de los niños de forma diferente de la de los adultos. De ello se desprende que cuando un niño alcanza la edad de la mayoría y el ‘andamio legal’⁸⁰ que apoya su condición especial se desarma,⁸¹ se presume legal y políticamente que ha adquirido y desarrollado lo necesario para disfrutar de una vida plenamente autónoma.⁸² Por lo tanto, el Estado debe tener un deber de asegurar que, en el momento en el que se desarma el marco que crea y apoya la condición especial del niño como titular de derechos, el niño pueda responder de forma adecuada y actuar como un titular de derechos plenamente autónomo. Una forma de cumplir con este deber es identificar y entregar un estatus especial a una categoría en particular de derechos de la niñez, los ‘derechos fundacionales’, que apoyan las condiciones que hacen posible que un niño viva una vida plenamente autónoma *de facto* en el momento en el que adquiere autonomía *de jure*.

El argumento de que el derecho sí entrega a los niños derechos especiales (procesales y sustantivos) y que debe darles derechos especiales (derechos fundacionales) – es, *prima facie*, tautológico (especialmente como estos derechos probablemente sean iguales en algunos casos). A pesar de esto, hay dos beneficios discernibles de este argumento. Primero, respalda un enfoque consistente para los niños en distintos contextos legales. Si el Estado considera al niño como un tipo especial de titular de derechos, un titular de derechos semi-autónomo, así debe aplicarse en todas sus interacciones con el Estado, incluyendo en la justicia penal. Para clarificar, no se trata de un argumento a favor de una coherencia ‘intra-jurisdiccional’⁸³ en la que todos los derechos y responsabilidades deban ser otorgados a los niños consistentemente, a la misma edad cronológica o por un umbral determinado por la capacidad.⁸⁴ Es un argumento a favor de la consistencia en cómo vemos el estatus legal del niño como titular de derechos en general. Esto conduce al segundo beneficio: al describir el derecho a la autonomía de los menores se subraya que éstos tienen una condición

79 Un término usado por Noggle en el contexto de la agencia moral de los niños y sus interacciones con otros agentes. Véase R. Noggle, ‘Special Agents: Children’s Autonomy and Parental Authority’ en Archard y McLeod, n 29 arriba.

80 Buss, n 20 arriba.

81 Es decir, cuando se le otorga derechos plenos de autonomía (de jure) y cuando los derechos que protegen los intereses especiales de los niños se terminan.

82 Incluye la terminación de los derechos y las responsabilidades otorgados a los demás (muchas veces los padres de los niños) para facilitar ‘la protección y avance de los intereses de los niños’ - los ‘derechos instrumentales’ de Campbell. Véase Campbell, n 70 arriba, 11.

83 Un término usado por Goldson para criticar la edad de responsabilidad penal. B. Goldson, ‘Counterblast: “Difficult to Understand or to Defend”: A Reasoned Case for Raising the Age of Criminal Responsibility’ (2009) 48 The Howard Journal of Criminal Justice 514.

84 Véase la discusión más abajo.

diferente como titulares de derechos; y nos sugiere algo sobre cómo vemos a los niños dentro de la ley y de la comunidad política. Se podría decir que lo que se demuestra (especialmente, dada la diferencia entre autonomía *de facto* y autonomía *de jure*) es que la ley está preocupada no sólo con lo que son los menores (sus capacidades obtenidas), sino también con su potencial.⁸⁵ Este compromiso con el potencial de los niños es evidente, por ejemplo, en la negación de la autonomía local de los niños de rechazar un tratamiento médico si ‘perjudica gravemente’ su progresión a una adultez autónoma.⁸⁶ Sin embargo, la ley debe – y de hecho así lo hace, en algunas circunstancias – ir más allá que simplemente asegurar para el niño una adultez en la que goza de agencia; debe buscar entregar al niño las capacidades para la autonomía plena.

Emily Buss ha afirmado que la ley, mediante su configuración de los derechos de los niños, puede tener un efecto en el potencial de los niños de convertirse en titulares plenos de derechos.⁸⁷ Desde una aproximación de capacidades relacionales, esto requeriría no sólo el desarrollo de capacidades de agencia, sino también actitudes de sí mismo, formadas por las interacciones y las relaciones del niño con los demás, y la creación de un espacio durante un período transitorio para permitir que el niño pruebe identidades, forme valores y preferencias, y comience a trasladarse hacia un conjunto motivacional más asentado.⁸⁸ Si este es el objetivo de la ley, desarrollar al niño como un titular de derechos plenamente autónomo, entonces es justificable limitar la autonomía (parcial) del niño en algunas circunstancias, incluso en las que el niño tiene la competencia requerida para entender lo que implica su decisión (por ejemplo, en decisiones médicas, o de asistir al colegio); también es correcto en otras situaciones otorgar al niño ciertos derechos de autonomía si hacerlo desarrollará sus capacidades como titular de derechos.⁸⁹

Los derechos fundacionales son un ejemplo articulado del enfoque sobre la condición potencial y futura de los niños como titulares de derechos, y demuestran qué es lo especial de los derechos de los niños. No es que a los niños les falte algo que los adultos sí poseen, sino que queremos maximizar su potencial de convertirse en algo más.⁹⁰ Al separar los logros de las aspiraciones,

85 Buss, n 20 arriba.

86 El objetivo de hacer que los niños lleguen a una posición de adultez autónoma como una justificación del paternalismo limitado es familiar en la literatura sobre los derechos de los niños. Véase por ejemplo el ‘paternalismo liberal’ de Freeman en *The Rights and Wrongs of Children* (Oxford: Frances Pinter, 1983) que argumenta a favor de límites estrechamente definidas sobre la capacidad del niño de restringir su autonomía futura.

87 Buss, n 20 arriba.

88 Para que los niños puedan ser autónomos de una forma ‘temporalmente extendida’ (véase Noggle, n 79 arriba).

89 Otorgar autonomía de jure limitada (específica al contexto) puede por lo tanto verse como influyendo la autonomía de facto del niño como también lo inverso. Por ejemplo, el derecho de protestar u otras formas de libre expresión. Véase Buss, n 20 arriba.

90 Véase Buss *ibid* 66: ‘El supuesto de que los derechos constitucionales se aplican a los niños y a los

las capacidades de autonomía ‘plena’ que pretendemos desarrollar durante la niñez pueden superar el nivel de autonomía que esperamos de los adultos para considerarlos independientes. Como observa Franklin-Hall:

[d]urante la juventud de una persona, podemos intentar preparar al joven de la mejor manera posible con competencias, capacidades y virtudes para la vida adulta. Pero después de que una persona alcanza una cierta edad, logra la independencia plena siempre que tenga la competencia mínima que poseen casi todos los adultos.⁹¹

Esta explicación de los derechos de los niños puede parecer excesivamente paternalista o demasiado enfocada en lo que el niño va a ser y no en lo que es.⁹² Sin embargo, como ha comentado recientemente Freeman:

Es importante reconocer que los niños son algo más que pre-adultos que están en el proceso de convertirse en adultos. Pero es igualmente importante entender que reconocer que son ‘seres’ no excluye que sean seres que “van a ser”. Es demasiado fácil suponer que los niños tienen que ser o lo uno o lo otro. Que el niño es al mismo tiempo un ‘ser’ y un ‘ser que va a ser’ muchas veces se olvida.⁹³

Ambos tienen que reconocerse. En la justicia juvenil, la mayoría de la atención está puesta sobre lo que el niño ‘es’. Los derechos fundacionales intentan subrayar el estatus especial del niño como un ser en el proceso de convertirse en un titular de derechos; uno cuyo potencial significa que podemos justificablemente poner el enfoque en ‘qué queremos que los niños se conviertan y cómo podemos ayudarlos a llegar ahí’.⁹⁴ Esto es lo que forma la base de los derechos específicos de los niños en la justicia juvenil.

LOS DERECHOS FUNDACIONALES EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL: SIGNIFICADO, CONTENIDO Y ALCANCE

El significado de los derechos fundacionales en el sistema de justicia penal es dual. Primero, como ya debe estar claro, debido a que estos derechos derivan del estatus especial de los niños, se constituyen como una catego-

adultos, permitiendo diferencias en capacidad y no diferencias en potencial, nos revela sólo un lado de la historia de la niñez.’

91 ie. lo que yo llamo ‘agencia’ más arriba. Véase Franklin-Gall, n 35 arriba.

92 Véase el argumento de Andrew Franklin-Hall (ibíd.) - la aproximación de ‘autoría de vida’ - de por qué estamos justificados al actuar de forma paternalista hacia los niños incluso cuando adquieren competencias mínimas. Véase también La aproximación de capacidades de Nussbaum fundada en una aproximación ampliamente liberal y que busca maximizar la elección (por eso el enfoque está sobre las oportunidades y las capacidades y sobre el funcionamiento real), pero en cuanto a los niños la inquietud se cambia a los funcionamientos reales y no sólo la capacidad de funcionar porque ‘muchas veces es necesario ejercer una función en la niñez para producir una capacidad de adulto maduro’. Nussbaum (2000), n 50 arriba, 90.

93 M. Freeman, ‘The Human Rights of Children’ (2010) *Current Legal Problems* 1, 13.

94 Buss n 20 arriba, 54

ría especial de derechos *de los niños* más que ‘derechos para los niños’. Esto significa que aunque no podamos separar a los adultos de los niños en base a la vulnerabilidad o competencia, sí podemos reclamar un tratamiento diferencial a los niños en base a los derechos. Segundo, como los derechos fundacionales protegen la capacidad de los niños de desarrollar una autonomía plena en el futuro, deben ser parte esencial de un sistema legítimo de justicia penal. Esto permite identificar ciertas normas internacionales o derechos de los niños como derechos fundamentales y no simplemente bienes de aspiración instrumentales o benévola otorgados que pueden restringirse – o por lo menos no permanentemente – cuando el niño entra en conflicto con la ley.

Tal como las capacidades centrales de Nussbaum, los derechos fundacionales son un concepto político y no metafísico, y por lo tanto su articulación exacta debe determinarse dentro de cada comunidad política mediante procesos políticos y legales. Los menores deben tener la oportunidad de participar en estos debates, bien mediante sus representantes (como los comisionados de los niños), presentando acciones legales para determinar el alcance de los derechos, o mediante canales políticos.⁹⁵ Algunos ejemplos de los tipos de intereses que podrían, bajo una aproximación de capacidades relacionales, atribuirse a la etiqueta ‘derechos fundacionales’ incluyen: el derecho a la vida; a un nivel adecuado de atención sanitaria y estándares de vida que eviten que la salud futura no quede dañada inevitablemente;⁹⁶ a la provisión suficiente de educación para desarrollar la capacidad de toma de decisiones racionales, como su futura participación en la vida política⁹⁷ y comunitaria;⁹⁸ a la protección de relaciones positivas de contención que va más allá de la priorización de ciertas formas de relaciones para incluir también su calidad.⁹⁹ Los últimos dos intereses son esenciales para desarrollar actitudes hacia uno mismo, como auto-estima, auto-respeto y auto-valoración. Varios (pero no todos) de estos intereses se traslapan con, o podrían ser protegidos por, los derechos de la CDNONU, del CEDH, y en la ley nacional. Esto no es una debilidad de los derechos fundacionales, por el contrario, es una fortaleza porque enfatiza la prioridad que deberían recibir estos derechos (lo que es especialmente importante cuando los derechos en cuestión son socioeconómicos).

Los derechos fundacionales son sólo una clase de derechos que tienen los niños en el sistema de justicia juvenil. Los menores también siguen siendo

95 Sobre cómo esto ocurre dentro del contexto de derechos socio-económicos, véase A. Nolan, *Children's Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts* (Oxford: Hart Publishing, 2011).

96 Qué tan lejos llegará esa obligación variará dependiendo de los recursos disponibles. Sobre los derechos socio-económicos de los niños, véase Nolan, *ibíd.*, y sobre los beneficios de ‘efectividad de costo’ de invertir en los niños, véase Dixon y Nussbaum, n 19 arriba.

97 Por ejemplo, protegiendo su derecho a la libre expresión en el contexto escolar. Véase en el contexto de EEUU, *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* 393 US 503 (1969).

98 Por ejemplo, preparándolo para el empleo, para participar en el mercado, etc.

99 Las obligaciones sobre las autoridades locales bajo Parte III de la Ley de Niños 1989 pueden verse como una herramienta para proteger este tipo de interés.

titulares de derechos como imputados y como humanos,¹⁰⁰ derechos que son adaptados para reconocer sus capacidades y vulnerabilidades específicas. Por lo tanto, los derechos fundacionales no pretenden ser una teoría completa de los derechos de los niños, ni siquiera una narrativa completa de los derechos del niño en la justicia juvenil. Al contrario, al combinar el estatus del niño como imputado (la centralidad de la autonomía) con el estatus del niño como tal (la importancia de potenciar su estatus de titular de derechos), se entrega una teoría de los derechos de los niños en su calidad de imputados.

¿UN SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL BASADO EN LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS?

Los derechos fundacionales pueden ser usados para estructurar el sistema de justicia juvenil de al menos cuatro formas que se apoyan mutuamente: determinar la edad mínima de responsabilidad penal; orientar el tratamiento de los niños dentro de los procesos de justicia penal; justificar las condenas diferenciales para los adultos y los menores y fijar los límites del castigo; y, por último, respaldar la obligación de reparar a los menores que salen del sistema de justicia penal, estableciendo así un sistema de reinserción basado en los derechos.¹⁰¹ Gran parte de la discusión que sigue a continuación está enfocada en la edad mínima de responsabilidad penal (EMRP) por su actualidad e importancia para los derechos de los niños en la justicia juvenil.

Los derechos fundacionales y la edad mínima de responsabilidad penal

La edad mínima de responsabilidad penal es muy significativa en los derechos de los niños porque demarca la edad en la que el Estado puede usar el derecho penal en su contra y entrega una salvaguarda crucial para proteger a los niños más jóvenes y vulnerables de las penas del castigo.¹⁰² Es por esta razón que el

100 Algunos de los cuales son absolutos (como CEDH, Art. 3); otros pueden restringirse proporcionalmente cuando una persona infringe la ley (como el derecho al respeto de la vida privada y familiar).

101 A favor de lo cual yo he argumentado en otros artículos. Véase Hollingsworth, n 15 arriba.

102 La EMRP entonces entrega un foco de atención para aquellos que promuevan una mayor justicia social para los niños. S. Asquith, 'Justice, Retribution and Children' en J. Muncie, G. Hughes and E. McLaughlin (eds), *Youth Justice: Critical Readings* (London: Sage Publications, 2002). Aunque los niños menores de la edad de responsabilidad penal se excluyen de los procesos de justicia penal, es muy raro que los Estados ignoren totalmente el comportamiento delictual (grave) de aquellos que están por debajo del umbral de edad; al contrario, son sujetos a intervenciones de bienestar que muchas veces no tienen el mismo nivel de protección procesal. Sin embargo, la relevancia legal creciente del CEDH y la CDNONU dentro del derecho inglés han, para citar a Cipriani, mediado las tensiones entre el bienestar y la justicia en el umbral de edad de responsabilidad penal. D. Cipriani, *Children's Rights and the Minimum Age of Criminal Responsibility* (Farnham: Ashgate, 2009) ch 2.

establecimiento de una edad mínima no variable de responsabilidad penal, por debajo de la cual no pueden procesarse los niños, es requerida según el Artículo 40(3)(a) de la CDNONU.¹⁰³ La Convención no especifica una edad en la que la responsabilidad penal debe fijarse,¹⁰⁴ pero el Comité de los Derechos del Niño considera que un EMRP por debajo de la edad de 12 es ‘internacionalmente inaceptable’.¹⁰⁵ No sorprende, entonces, que el Comité ha sido crítico con la temprana edad de responsabilidad penal en Inglaterra y Gales,¹⁰⁶ establecida en los 10 años, mucho menor que en muchos países comparables.¹⁰⁷ Sin embargo, a pesar de no cumplir con las normas internacionales, y a pesar de repetidas críticas,¹⁰⁸ gobiernos sucesivos en el Reino Unido han resistido los pedidos de aumentar la edad mínima de responsabilidad penal.¹⁰⁹ La mantención del estatus quo ha sido justificada por el Gobierno con la afirmación de que ‘los jóvenes de 10 años y más son capaces de diferenciar el mal comportamiento y la delincuencia grave’;¹¹⁰ es decir, se considera que los niños tienen la capacidad requerida para hacerse penalmente responsables.

El intento de combinar la EMRP con la capacidad de los niños de responsabilidad penal es lo que Fionda ha llamado la ‘perspectiva legal’,¹¹¹ una aproximación que ha dominado los debates políticos y la jurisprudencia desde el

103 Esto trae certidumbre legal, en contraste con la presunción refutable de *doli incapax* que existía en Inglaterra y Gales hasta la *Crime and Disorder Act* de 1998, s 34 y que efectivamente establecía una edad variable de responsabilidad penal desde los 10 a los 13 años, dependiendo de la capacidad individual del niño. Para una revisión detallada de la EMRP en los documentos internacionales y regionales de derechos del niño, véase Cipriani, *ibíd.*, chs 2 y 3.

104 Véase también la regla 4 de las Reglas de Beijing que requiere una edad que no sea ‘demasiado baja’. El CEDH tampoco especifica un EMRP. En *V. v United Kingdom* n 10 arriba, la Corte Europea de Derechos Humanos falló que la EMRP se encontraba dentro de la margen de apreciación de los Estados miembros, y que la edad de 10 no era lo suficientemente baja como para constituir una violación del Artículo 3.

105 Véase Observación General N° 10, n 1 arriba.

106 UN Committee on the Rights of the Child, *Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* CRC/c/15 Add. 188, 2002 and 2008 report, n 4 arriba.

107 Véase Howard League for Penal Reform, *Punishing Children: A Survey of Criminal Responsibility and Approaches Across Europe* (London: Howard League, 2008).

108 Véase por ejemplo, All Party Parliamentary Group on Women in the Penal System, *Keeping Girls Out of the Penal System* (2012); y T. Bateman, ‘Criminalising Children for No Good Purpose: The Age of Criminal Responsibility in England and Wales’ (Paper por la National Association for Youth Justice Campaign, 2012).

109 Véase más recientemente Damien Green (Minister for Policing and Criminal Justice), *HC Deb* col 686, 18 de diciembre, 2012.

110 *ibíd.*

111 J. Fionda, ‘Youth and Justice’ en J. Fionda (ed), *Legal Concepts of Childhood* (Osford: Hart Publishing, 2001) (El análisis de Fionda se basaba específicamente en el significado de *doli incapax*). Véase también Goldson, n 83 arriba).

asesinato de James Bulger en 1992.¹¹² El requisito de una correlación entre la responsabilidad penal del niño y la capacidad es requerido por el CDNONU y los documentos asociados.¹¹³ Sin embargo, establecer esta correlación como base para fijar la EMRP, es mucho más complicado tanto en la práctica como en la teoría. De hecho, es posible argumentar en su contra como mínimo tres críticas.

Primero, los procesos de desarrollo son más complejos, menos lineales y menos uniformes que lo que sugieren los umbrales de capacidad basados en la edad. Inevitablemente, habrá algunos niños por encima de la EMRP que no tienen capacidad suficiente y que, sin embargo, son encontrados responsables, y otros por debajo de esa edad que tienen la capacidad, pero que escapan de la responsabilidad.

Segundo, no existe una opinión aceptada sobre qué tipo de capacidad es relevante. Esto puede llevar a una falta de claridad y consistencia en la ley, y atrae críticas que sostienen que la capacidad actúa como una cortina de humo para perseguir otros objetivos.¹¹⁴ En la jurisprudencia inglesa – y como queda reflejado en las aproximaciones de sucesivos gobiernos¹¹⁵– se suele presumir que la capacidad requerida es el conocimiento del bien y del mal. Pero incluso esta aproximación aparentemente directa encubre otros niveles de disputa: ¿es la comprensión moral o la comprensión de la ley lo relevante? ¿Se requiere comprensión en cuanto al acto específico en cuestión o un conocimiento más general del bien y del mal?¹¹⁶

Muchas de las críticas de la EMRP de los académicos y abogados de los derechos de los niños se han enfocado en el tipo de capacidad requerida.¹¹⁷ En lugar de impugnar la premisa fundamental de la relevancia de la capacidad en la responsabilidad penal legal de los niños, los críticos argumentan que el requisito

112 Antes de la abolición de la presunción de *doli incapax* en 1998, la pregunta de si un niño era ‘capaz del mal’ era tema de litigio; de ahí la jurisprudencia sobre este tema (por ejemplo véase *C v DPP* [1994] 3 All ER 190). Sobre la historia de *doli incapax* y las aproximaciones judiciales a la responsabilidad penal de los niños en Inglaterra y Gales véase T. Crofts, *The Criminal Responsibility of Children and Young Persons: A Comparison of English and German Law* (Aldershot: Ashgate, 2002).

113 Las Reglas de Beijing afirman que la EMRP no debe fijarse demasiado bajo ‘tomando en cuenta los hechos de la madurez emocional, mental e intelectual’ y en el comentario afirman que al fijar la EMRP, los Estados deberían considerar si un niño puede alcanzar los componentes morales y psicológicos de la responsabilidad penal.

114 Una crítica que fue especialmente apta después del asesinato de James Bulger y la reforma al sistema de justicia juvenil que siguió.

115 n 109 arriba; sobre la aproximación del Nuevo Laborismo, véase Home Office, *No more excuses: a new approach to tackling youth crime in England and Wales* (London: Home Office, 1997).

116 Sobre cómo estos temas se han desarrollado en el derecho inglés, véase Crofts, n 112 arriba, ch 2 y Cipriani n 102 arriba.

117 Otros contraargumentos también se presentan (véase por ejemplo, Goldson, n 83 arriba), pero hay un enfoque claro sobre la capacidad.

del conocimiento del bien y del mal es demasiado limitado y que hay que tomar en cuenta una gama más amplia de capacidades relevantes en la responsabilidad penal, incluyendo el razonamiento moral, el funcionamiento cognitivo, la empatía y el control conductual.¹¹⁸ Evidencia sobre el desarrollo de los niños, la psicología y la neurociencia se citan para respaldar afirmaciones de que estas capacidades no se desarrollan hasta una edad mucho más tardía y por lo tanto la EMRP debe aumentarse. Sin embargo, esta respuesta también padece de lo que Buss denomina la combinación imperfecta entre desarrollo infantil y la ley; o mejor dicho, la- argumentada-por-la-ley-.¹¹⁹ La evidencia científica muchas veces usada por los abogados de los derechos de los niños apunta hacia la adquisición de capacidad moral ‘plena’ alrededor de los 25 años de edad, mayor incluso que la edad de mayoría legal.¹²⁰ Si esto es así, y si la responsabilidad penal debería reflejar estas capacidades, entonces la EMRP debería subirse a esta edad también, algo que ningún reformador sugiere seriamente.

Por último, debido a que las aproximaciones basadas en las capacidades vinculan la capacidad moral y la culpabilidad a la responsabilidad penal, la exclusión del sistema penal también debe excluir a los niños del reproche moral y la rendición de cuentas [*accountability*] que se busca fuera de los procesos penales. Esto no se alinea con los propios puntos de vista de los niños sobre la importancia de la responsabilidad para la ciudadanía¹²¹ (como los del público más amplio y los políticos) y descarta la posibilidad de hacer moralmente responsable a los niños de una forma que puede ayudarlos a desarrollarse relacionadamente como titulares de derechos plenamente autónomos. Esto refleja la crítica más amplia de agregar la responsabilidad moral con lo que debería ser un proceso de retributivismo legal.¹²²

Una forma alternativa de aproximarse a la EMRP es considerar el daño que el castigo puede ocasionar a los niños. Esto se refleja en el punto de vista de ‘políticas públicas’ o de ‘inmunidad de acusación’,¹²³ que está más cerca del

118 Véase Bateman, n 108 arriba, y las referencias que contiene. Argumentar dentro del marco de la capacidad por supuesto puede ser táctico, para derrotar los propios argumentos del Gobierno.

119 n 20 arriba.

120 Véase la carta reciente a The Guardian de varios proponentes de los derechos de los niños: ‘The Age of Criminal Responsibility Must be Raised to Protect Childrens Rights’ de 5 de diciembre 2012 en <http://www.guardian.co.uk/society/2012/dec/05/age-criminal-responsibility-childrens-rights> (visitado por última vez 28 de junio 2013).

121 La comprensión de los niños de la ciudadanía va más allá de ser conscientes de los derechos que se les otorgan para incluir la responsabilidad y la obligaciones también (véase R. Lister, ‘Why Citizenship: Where, When and How Children?’ (2007) 8 *Theoretical Inquiries in Law* 693; A. Campbell et al, ‘Child Citizenship and Agency as Shaped by Legal Obligations’ (2011) 23 *CFLQ* 489), que refleja conceptos relacionales y no individualistas de la ciudadanía; y M. Moosa-Mitha, ‘A Difference-Centered Alternative to Theorization of Children’s Citizenship Rights’ (2005) 9 *Citizenship Studies* 369).

122 Véase n 25 arriba.

123 Véase respectivamente Fionda, n 111 arriba y Goldson n 83 arriba, 515.

enfoque de derechos fundacionales que se promueve acá, pero con una diferencia importante. Bajo mi aproximación, la EMRP debería fijarse por encima de la edad en la que el castigo causaría daño irreparable a los derechos fundacionales del menor. Por lo tanto, tal como ocurre desde el punto de vista de las políticas públicas, la EMRP se desvincula de la capacidad de responsabilidad penal. Sin embargo, el enfoque de derechos fundacionales está vinculado de forma integral a la condición del niño como infractor (sospechoso) porque el daño específico que se busca evitar es el daño a la capacidad de autonomía plena del niño, un requisito basado en el estatus que comparte con los adultos. Por lo tanto, esta aproximación logra conciliar la condición del niño imputado en su calidad de infractor y su estatus de niño.

Esto no es decir que la capacidad es irrelevante en la responsabilidad penal. Como se observó antes, todas las personas que son sometidas al derecho penal, deberían tener la capacidad de agencia. Sin embargo, bajo esta explicación, el requisito nivel de capacidad es muy bajo – es la capacidad básica de elección,¹²⁴ y todos los niños que hayan superado la niñez temprana probablemente cumplan con este requisito. Aunque esto parezca objetable, es de hecho beneficioso. Esta definición estrecha de la agencia no sólo coloca demasiado baja la barra para la atribución correlativa del estatus de derechos, también significa que otras razones, más auténticas, para excluir a los niños de la responsabilidad deben ser articuladas; como aquí.

El enfoque de los derechos fundacionales para fijar la EMRP tiene varias ventajas más. Primero, requiere que se tome en cuenta el impacto a largo plazo del castigo sobre la potencial autonomía de los niños, por ejemplo, el efecto estigmatizador del castigo; el impacto del alejamiento de las familias, los colegios y las comunidades cuando se condena a un niño a custodia [pena privativa de libertad]; la reducida probabilidad de lograr éxito en la educación y el empleo; y el impacto a largo plazo sobre la salud física y mental. Segundo, es justo para todos los niños; la EMRP se fija según la protección de los intereses/activos que nosotros (como comunidad política) identificamos como necesarios para que todos los niños alcancen una adultez plenamente autónoma. Tercero, la EMRP estaría íntimamente vinculada con el mismo sistema de justicia juvenil; cómo es y cómo opera. Una edad menor de responsabilidad penal no podría justificarse sin considerar el ambiente al que se expondrían los niños de ser aplicada. El sistema de justicia juvenil tendría que estructurarse u orientarse para que no dañara la capacidad creciente de los niños de alcanzar autonomía plena, haciendo uso, por ejemplo, de hogares seguros para menores en lugar de instituciones para delincuentes juveniles, en los que se albergue a los menores condenados a pena privativa de la libertad, educación en condiciones de igualdad para menores en custodia frente a aquellos que se encuentran por fuera del sistema de justicia penal,¹²⁵ la protección de la privacidad del niño

124 Véase Brudner, n 25 arriba.

125 Actualmente existe un requisito más bajo en las instituciones de custodia en las que se ubican la mayoría de los niños (véase C. Lanksey, 'Promise or Compromise? Education for Young People in Secure Institutions in England' (2011) 11 *Youth Justice: An International Journal* 47) Véase también

en los tribunales y la eliminación del castigo ‘naming and shaming’ [nombrar y avergonzar],¹²⁶ las inversiones en trabajadores sociales en instituciones de custodia para asegurar que las autoridades locales cumplan con sus deberes con los niños detenidos bajo la *Children Act 1989*; capacitación especializada y una proporción más baja de niños-por-trabajadores en las instituciones de seguridad para que los niños tengan las relaciones de contención necesarias para desarrollar actitudes sanas hacia sí mismos;¹²⁷ y visitas frecuentes por la familia si el niño se encuentra privado de su libertad. La última ventaja es que viendo hacia adelante, cuál sería el impacto del castigo sobre menor y lo que puede convertirse en el futuro, en lugar de ver hacia atrás, las capacidades que el menor tiene, la culpa se puede separar del castigo,¹²⁸ permitiendo la creación de espacios de mecanismos alternativos y rendición de cuentas no penal, tales como conferencias restaurativas. Esto asegura que las víctimas de la criminalidad infantil, incluyendo otros menores, no sean privados de la justicia y puedan lograr los objetivos ya mencionados anteriormente.¹²⁹

La sección tres enfatizó la importancia de la atribución de la autonomía *de jure* plena a los niños a la edad de 18 años. Como se observó, esto fue relevante para establecer el estatus especial del niño, pero no significa que no se puedan otorgar derechos y responsabilidad a una edad más temprana en contextos específicos, incluyendo la responsabilidad penal.¹³⁰ El asunto clave al decidir dónde se fijará la EMRP depende de la edad en la que se podría sentir un daño permanente a los derechos fundacionales. A su vez, esto depende de la estructura y la operación del sistema de justicia juvenil, incluyendo los dos temas que siguen.

Derechos fundacionales, condenas y la obligación de reparar

Existen dos razones por las que el impacto potencial del castigo sobre los derechos fundacionales de los niños también debe tomarse en cuenta en las conde-

las propuestas recientes del Ministerio de Justicia en *Transforming Youth Custody: Putting Education at the Heart of Youth Justice* Paper de Consulta del Ministerio de Justicia Cm 8564 (2013).

126 Cuando un niño aparece en la corte juvenil, hay una presunción de anonimato (véase *Children and Young Person's Act, 1933*, s 49(1)) pero en el Crown Court [Tribunal Superior] o en los procesos civiles (incluyendo los de los Órdenes de Comportamiento Anti-Social - ASBO y sus reemplazos) esta presunción se revierte (véase *Children and Young Person's Act*, s 39(1)).

127 D. Howe, 'Relationship-based thinking and practice in social work' (1998) 12 *Journal of Social Work Practice* 45, esp desde 49 ff.

128 Véase Buss, n 20 arriba.

129 Texto a n 120 arriba.

130 Sobre la relación entre la ciudadanía política y la responsabilidad penal, véase la barra moral de Duff al juicio (R. A. Duff, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law* (Oxford: Hart Publishing, 2012); R. A. Duff, 'Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial' (2010) 23 *Ratio* 123) y para una discusión de su relevancia a los niños véase K. Hollinsworth 'Youth Justice Reform in the Big Society' (2012) 34 *Journal of Social Welfare and Family Law* 245.

nas. Primero, la obligación general del Estado de proteger los derechos fundacionales de los menores exige un castigo cuyo efecto sobre estos derechos sea el mínimo posible, y que, por el contrario, ayude a desarrollarlos. Segundo, la proporcionalidad debe ser un principio fundamental de las condenas. Esto requiere que distintos tipos de delincuencia se clasifiquen como merecedores de grados mayores o menores de castigo; y que la duración y los tipos de castigo también se consideren más o menos ‘gravosos’ para que se pueda imponer un castigo proporcional.¹³¹ La ‘pena del castigo’ que sienten los menores es mayor que la que experimentan los adultos, y esto es así no obstante las experiencias individualizadas del castigo.¹³² En otras palabras, lo necesario para que la condena sea proporcional y para restaurar el sistema de derechos es menos para los niños que para los adultos.¹³³ Esto es porque el castigo por el Estado está impuesto sobre los niños antes de que hayan tenido la oportunidad de recolectar todos los activos necesarios para desarrollar y disfrutar la capacidad plena de la autonomía; interrumpe su capacidad de acceder a los derechos fundacionales necesarios para disfrutar plenamente su libertad dentro de la comunidad política.

Por lo tanto, considerar los derechos fundacionales probablemente requiera castigos menores y distintivos para los menores (por ejemplo, preferir la justicia restaurativa) y principios orientadores alternativos (por ejemplo, entregando una robusta justificación basada en los derechos para el principio de la CD-NONU de la privación de libertad como último recurso);¹³⁴ no porque los niños sean menos culpables, sino por el impacto sobre su desarrollo como adultos plenamente autónomos.

Dado que la justificación para las condenas diferenciales entre adultos y niños se basa en el posible impacto sobre los derechos fundacionales del menor y sobre su potencial como titulares de derechos, son aplicadas a todos los menores de 18 años. Sólo en este momento se trata al menor como una persona con autonomía legal y política plena dentro de la comunidad política, y sólo hasta los 18 años, se disipan las obligaciones del Estado de proteger los derechos fundacionales del niño y de entregarle las capacidades para vivir una adultez plenamente autónoma. Por lo tanto, un tribunal sentenciador no debe ignorar la edad del menor cuando profiere una condena con el fundamento de que el

131 Esto supone que tanto el tipo como el largo del castigo se determinan según un marco retributivo, pero otras metas de tipo instrumental también existen en el derecho inglés. Véase los principios de condena para los niños menores de 18 en Inglaterra y Gales que incluyen la prevención de la delincuencia (Crime and Disorder Act, 1998 s 37) y el bienestar del niño (Children and Young Person’s Act 1933, s 44(1)). Criminal Justice and Immigration Act 2008, s 9.

132 Algunos adultos pueden sentir subjetivamente los efectos del castigo de forma más dura que algunos niños como resultado de vulnerabilidades o discapacidades particulares - ni los niños ni los adultos forman grupos homogéneos.

133 Brooks, n 27 arriba.

134 CDNONU, Art. 37.

niño ha alcanzado un nivel en particular de madurez o porque el crimen fue especialmente atroz y por lo tanto demostrativo de la ‘adultez’ del niño.¹³⁵

La EMRP y las condenas diferenciales y proporcionales ayudan a asegurar que el daño a los derechos fundacionales de los niños sea limitado, pero queda la posibilidad de que su futura autonomía resulte restringida. Por lo tanto, la última forma en la que deberían usarse los derechos fundacionales en un sistema de justicia juvenil es para imponer sobre el Estado un deber de reparación para que devuelva al menor a la posición que habría tenido si no hubiera sido castigado. Por supuesto, es imposible medir el impacto del castigo de manera individual, y por lo tanto es imposible volver verdaderamente al menor a la condición imaginaria de ‘pre-castigo’. La utilidad del deber de reparación es, por lo tanto, la base de un sistema de reinserción basado en los derechos, en lugar de una reinserción orientada a prevenir crímenes en el futuro, tal como ocurre actualmente.¹³⁶ Se enfatiza que aunque una buena provisión de servicios de reinserción les puede ser útil tanto a menores como a adultos, sólo para los niños es un derecho fundacional, sin el cual se podría perder la legitimidad del sistema de justicia penal.¹³⁷ Al determinar en qué debe consistir la reinserción para los niños, el apoyo disponible a los grupos comparables fuera del sistema de justicia penal, como los que “salen del cuidado”, podría servir de guía.¹³⁸ La identificación del estatus especial de los niños en la comunidad política y dentro del sistema penal provee la justificación necesaria para invertir con más fuerza en los niños.¹³⁹

En conjunto, estas sugerencias de cómo podría estructurarse el sistema de justicia juvenil para evitar daños a los derechos fundacionales del niño representa una aproximación cautelosa [“belts and braces”] que podría ayudar a asegurar que el castigo impuesto por el Estado sea compatible con la autonomía del niño, incluyendo su (futura) capacidad de plena autonomía; necesaria para que el sistema de justicia juvenil pueda afirmar ser políticamente legítimo.

COMENTARIOS FINALES

La mejor forma de asegurar un sistema de justicia juvenil consistente con los derechos es alinear tres factores: una base teórica fuerte, derechos ejecutables para entregar las herramientas para el cambio legal (en lo posible, derivados de las normas internacionales); y evidencia empírica que demuestra una correla-

135 Contraste con *R v Wellington and others* [2012] EWCA Crim 1696 en [31].

136 Véase Hollingsworth, n 15 arriba.

137 Por lo tanto, el apoyo para la readaptación con bases legales, por ejemplo, donde un niño que “sale de la custodia” también se incluye en la categoría de alguien que “sale del cuidado” de acuerdo con la *Children Act 1989*, no va lo suficientemente lejos.

138 Para una exploración en más detalle de por qué el apoyo al salir del cuidado debe extenderse a los niños que salen de la custodia, véase Hollingsworth, n 15 arriba.

139 Véase Dixon y Nussbaum, n 19 arriba.

ción entre esos derechos y los mejores resultados para los niños. Este artículo intenta entregar el primer elemento. Se articulan ciertos derechos como ‘fundacionales’ porque protegen los activos necesarios para que los niños puedan desarrollar sus capacidades para una global, ‘plena’, autonomía. El enfoque está puesto sobre la autonomía porque es la base de un sistema de justicia penal basado en los derechos; el énfasis está sobre los niños como seres humanos en proceso de convertirse en adultos y su potencial como titulares de derechos porque es lo que los distingue como grupo de los adultos y entrega el fundamento para el tratamiento especial que se les da a los niños en el sistema de justicia penal. No se pretende que los derechos fundacionales sean una teoría que abarca todos los derechos morales de los niños, y de hecho tampoco se captan todos los derechos de los niños en el sistema de justicia penal. Son un subconjunto de los derechos legales de los niños: ‘derechos de los niños en su calidad de imputados’.

Los intereses protegidos por los derechos fundacionales y su contenido no son totalmente nuevos; reflejan muchos de los derechos legales existentes de los niños y las normas incluidas en los documentos internacionales sobre los derechos de los niños, y en gran parte se alinean con lo que las investigaciones criminológicas y sobre los niños nos recomiendan es bueno para ellos.¹⁴⁰ Esta correlación no es una debilidad de los derechos fundacionales como concepto; es su fortaleza, ya que suministra la teorización necesaria para explicar por qué es correcto que algunas normas se consideren fundacionales; no sólo desde un análisis externo de los derechos de los niños, sino que también desde una perspectiva interna de la justicia penal. Esto fortalece los argumentos de aquellos que practican los derechos de los niños, y nos permite exigir tratamiento especial para los niños sin menoscabar las solicitudes de derechos para los niños en su calidad de imputados.

140 También son buenos para el Estado: como Archard y Macleod observan más generalmente, el Estado tiene un interés en promover los intereses de los niños porque tiene un interés en asegurar las condiciones para la reproducción de sus instituciones, y sus precondiciones sociales, políticas, económicas y culturales (n 29 arriba, 14).

IV. La Corte Suprema de los Estados Unidos adopta un estándar de joven razonable en *J.D.B. v. North Carolina* para los efectos del análisis de la custodia en *Miranda*: ¿Estamos cerca de un sistema de justicia más razonable para los jóvenes?

MARSHA L. LEVICK Y ELIZABETH-ANN TIERNEY*

I. INTRODUCCIÓN

Pocos conceptos son tan familiares como la “persona razonable” del derecho estadounidense. Es como un zapato usado; conocemos su forma, estilo, color y tamaño sin mirarlo. Desde nuestras clases de derecho de primer año en agravios y derecho penal, entendemos que la persona razonable nos entrega una medida de la responsabilidad en nuestro siste-

* NOTA: agradecemos a las profesoras Levick y Tierney su autorización para traducir y publicar este artículo, originalmente publicado en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* Vol. 47, 2012.

Marsha L. Levick es Directora Asistente y Abogada Principal del Juvenile Law Center, un bufete de abogados para niños en el interés público nacional, con base en Filadelfia, Pennsylvania y fundado por ella en el 1975. Se graduó de la Universidad de Pennsylvania y la Facultad de Derecho de Temple University. Elizabeth-Ann “LT” Tierney ocupó la átedra Sol and Helen Zubrow en Derecho de la Infancia en el Juvenile Law Center en 2011. LT se graduó de Brown University y la Facultad de Derecho de la N.Y.U

ma legal.¹ Está en la base de nuestras nociones de excusa o mitigación en el derecho penal,² la legalidad de la conducta de la policía durante arrestos o interrogaciones,³ y los límites de la negligencia o imprudencia en el derecho civil.⁴ Es una persona idealizada cuyas acciones —fundadas en su inteligencia, educación, juicio y temperamento idealizados⁵— “demuestran una consideración apropiada tanto de sus propios intereses como los de los demás.”⁶ La “persona razonable” del derecho común fue creada inicialmente sin referencia a los niños. El reconocimiento de que el estándar de la persona razonable no captaba los distintos atributos de los niños y los jóvenes surgió por primera vez en el derecho civil. En el derecho de responsabilidad civil, por ejemplo, todas las jurisdicciones estadounidenses aplican un estándar diferente para medir la negligencia de los niños —“el estándar de una persona razonable de edad, inteligencia, y experiencia parecidas bajo circunstancias parecidas.”⁷

1 Véase en general Peter Westen, *Individualizing the Reasonable Person in Criminal Law*, 2 CRIM. L. & PHIL. 137 (2008).

2 Véase, e.g., MODEL PENAL CODE §§ 2.09, 3.04, 210.3(1)(b), 210.4 (1962) (coacción, uso de la fuerza en la autoprotección, homicidio involuntario, y homicidio negligente).

3 Véase, e.g., *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 544, 554 (1980) (que dictamina que “una persona ha sido ‘apresada’ dentro del significado de la Cuarta Enmienda sólo si, en vista de todas las circunstancias relacionadas con el incidente, una persona razonable creería que no podía irse libremente”).

4 Véase, e.g., RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 283 (1965).

5 Peter Westen describe el concepto idealizado de “razonabilidad”:

“La razonabilidad” no es una medida estadística o empírica de cómo piensan, sienten o se comportan los miembros promedios del público. Promedio no significa correcto o apropiado. Lamentablemente, se ha comprobado que las personas promedias piensan, sienten, y se portan de formas muy diferentes de las que preferiría la entidad política a la que pertenecen, y cuando lo hacen, deben responder ante esa entidad por sus faltas. Mejor dicho, la razonabilidad es una medida normativa de las formas correctas de pensar, sentirse o portarse de las personas— o, como mínimo, las formas incorrectas de hacerlo.

Westen, *supra*, nota 1, en 138 (citas omitidas); id. en 138 n.7 (citando ejemplos de formas en las que las personas promedias se comportan de forma ilícita, tales como conducir en exceso de los límites de la velocidad, bajar ilegalmente materiales con derecho de autor del internet, evitar impuestos, y usar sustancias controladas).

6 ARTHUR RIPSTEIN, *EQUALITY, RESPONSIBILITY, AND THE LAW* 192 (Gerald Postema ed., 1999)

7 *J.D.B. v. North Carolina*, 131 S. Ct. 2394, 2404 (2011) (citando RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS § 10 cmt. b (2005)). Véase también RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 283A (1965) (entregando un estándar de conducta para niños de “una persona razonable de edad, inteligencia, y experiencia parecidas bajo circunstancias parecidas,” y basando este estándar relajado en la noción que un niño se define como “una persona de tan pocos años que es incapaz de ejercer el juicio, inteligencia, conocimiento, experiencia, y prudencia exigidos por el estándar del hombre razonable aplicado a los adultos”). Un estándar relajado de conducta para los niños refleja el siguiente principio:

[Un] estándar de conducta exigida por la comunidad para la protección de los demás de riesgos poco razonables . . . debe ser igual para todos, ya que la ley no puede tener favoritos; y sin embar-

Sin embargo, en el derecho penal generalmente no está bien sentado el reconocimiento de que los niños y los jóvenes difieren de los adultos en las mismas esferas que definen la persona razonable —educación, juicio y experiencia. Los menores que buscan invocar las defensas tradicionales disponibles a los adultos, tales como la autodefensa, la provocación o la imprudencia, deben hacerlo sin consideración de sus características distintas de desarrollo.⁸ Históricamente, los tribunales han medido la razonabilidad de la conducta de la policía, o de un joven para responder al comportamiento de las autoridades policiales, usando el mismo estándar de persona razonable que se aplica a los adultos.⁹

En *J.D.B. v. North Carolina*, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró el caso de un estudiante de educación media de trece años que fue retirado de su clase e interrogado en una sala de conferencias a puertas cerradas por cuatro adultos, incluyendo un investigador de la policía y un oficial uniformado de recursos escolares, sobre robos en su vecindad.¹⁰ La Corte dictaminó, por primera vez, que la prueba para determinar si un sospechoso juvenil se habría sentido capaz de terminar una interrogación por la policía —es decir, la prueba para determinar si el menor estaba “en custodia” y que debería haber recibido las advertencias de *Miranda* al comienzo de la interrogación— debe evaluarse desde la perspectiva de un joven razonable y no un adulto razonable.¹¹ En este artículo, exploramos las implicaciones de este argumento y sugerimos que el reconocimiento de un estándar de *joven* razonable para los propósitos del análisis de custodia de *Miranda* representa un cambio importante en el análisis de la culpabilidad de un joven, la responsabilidad penal, y la conducta a lo largo de un amplio espectro del derecho penal estadounidense.

Este artículo comienza con una explicación del estándar de la persona razonable y su aplicación a varias áreas del derecho. Luego detalla cómo los niños se desvían del modelo normal de comportamiento razonable por sus capacidades

go se debe dejar margen para algunas de las diferencias entre los individuos, el riesgo aparente al actor, su capacidad de responder a ese riesgo, y las circunstancias bajo las que debe actuar.

RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 283 cmt. c (1965) (énfasis agregado).

- 8 Véase, e.g., *People v. Juarez*, No. B214315, 2011 WL 2991530, en *7 (Cal. Ct. App 25 de julio, 2011) (“[E]l estándar que se aplicará para decidir la culpabilidad criminal en un homicidio o para decidir entre homicidio culpable y homicidio preterintencional depende de si las acciones de un acusado eran las de una persona razonable, no las de un joven razonable.” (citando *Walker v. Superior Court*, 47 Cal. 3d 112, 136–37 (1988))); véase también *State v. Alford*, No. A07–1025, 2008 WL 4006657, en *4 (Minn. Ct. App. 2 de septiembre, 2008) (que dictaminó que el jurado había recibido instrucciones adecuadas en cuanto a la defensa de los demás desde un estándar de la “persona razonable” en vez del estándar del “joven razonable” en el juicio de un joven de diecisiete años por homicidio e incendio intencional).
- 9 Véase, e.g., *In re J.D.B.*, 686 S.E.2d 135, 140 (N.C. 2009) (que dictamina que *J.D.B.* no estaba en custodia cuando confesó, “negando extender la prueba de custodia para incluir consideración de la edad. . . de un individuo sometido a cuestionamiento por la policía.” (citando *Yarborough v. Alvarado*, 541 U.S. 652, 668 (2004))).

10 *J.D.B. v. North Carolina*, 131 S. Ct. at 2399–400.

11 *Id.* en 2403.

cognitivas y emocionales diferentes. La Sección III discute cómo el reciente reconocimiento por la Corte Suprema de que los niños son distintos de los adultos en *Roper v. Simmons*¹² y *Graham v. Florida*¹³ condujo al cambio de la posición de la Corte en *J.D.B.* La Sección IV revisa el concepto de la interrogación bajo custodia —y cómo el ambiente coercitivo e intimidante de la interrogación puede contaminar las declaraciones de los sospechosos— un concepto reconocido por la Corte en *Miranda*¹⁴ y luego refinado para permitir la consideración de la edad de un sospechoso en *J.D.B.* La Sección V de este artículo explica cómo esas diferencias de desarrollo entre los niños y los adultos últimamente condujeron al reconocimiento en *J.D.B.* de que se requería un estándar del joven razonable. Después, el artículo argumenta que un estándar del joven razonable es aplicable en varias otras áreas de derecho criminal más allá del contexto de la Quinta Enmienda y explica cómo este tipo de análisis podría aplicarse.

II. EL ESTÁNDAR DE LA PERSONA RAZONABLE

a. Antecedentes

La “persona razonable” es una ficción legal que aparece en varias partes del derecho común.¹⁵ Es un estándar objetivo contra el cual los investigadores de los hechos miden la conducta o culpabilidad de los individuos.¹⁶ El estándar aparece en la cláusula sobre las “búsquedas y decomisos irrazonables” de la Cuarta Enmienda a la Constitución de los EEUU,¹⁷ donde la razonabilidad funciona como una herramienta para evaluar la legalidad de la conducta de la policía.¹⁸ Las determinaciones de la “razonabilidad” también pueden servir o bien

12 543 U.S. 551 (2005).

13 130 S. Ct. 2011 (2010).

14 384 U.S. 436, 444 (1966).

15 El estándar de la persona razonable surgió en el derecho común durante la primera mitad del siglo diecinueve. El concepto apareció por primera vez tanto en derecho de responsabilidad civil y penal el mismo año. Véase *R. v. Kirkham* (1837) 173 Eng. Rep. 422, 424 (que afirma que “la ley . . . requiere que [el hombre] ejerza un control razonable sobre sus pasiones”); *RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS* § 283 notas del reportero (1965) (citando *Vaughn v. Menlove* (1837) 132 Eng. Rep. 490). Aunque la definición de “razonabilidad” recoge contenidos distintos en cada una de las esferas del derecho común —responsabilidad civil, derecho penal, procedimiento penal, contratos, etc.— siempre encarna el concepto básico de conformidad con las normas objetivas de comportamiento.

16 Véase, e.g., *People v. Cross*, 127 P.3d 71, 78 (Colo. 2006); *People v. Goetz*, 497 N.E.2d 41, 50–51 (N.Y. 1986); *Jankee v. Clark County*, 612 N.W.2d 297, 310 (Wis. 2000)

17 CONSTITUCIÓN DE LOS EEUU IV enmienda.

18 Véase, e.g., *Michigan v. Chesternut*, 486 U.S. 567, 573 (1988); *Estados Unidos v. Mendenhall*, 446 U.S. 544, 554 (1980) (“[Una] persona ha sido ‘apresada’ en el significado de la Cuarta Enmienda sólo si, en vista de todas las circunstancias que rodean el incidente, una persona razonable habría creído que no estaba libre de irse.”).

para excusar la conducta criminal o para mitigar su reprochabilidad, como en la defensa afirmativa de coacción,¹⁹ la justificación de autodefensa,²⁰ la excusa de provocación/trastorno emocional extremo,²¹ y la clasificación de los grados de homicidio.²² La Corte Suprema generó otra oportunidad para aplicar un estándar de una persona razonable en su decisión en *Miranda v. Arizona*, que dictamina que las declaraciones obtenidas de los acusados durante la interrogación custodial, sin recibir advertencias de sus derechos constitucionales, fueron inadmisibles ya que se obtuvieron en violación del privilegio de la Quinta Enmienda que consagra el derecho de no auto-incriminarse.²³

¿Cuáles son las calidades que posee la persona razonable? Es difícil encontrar descripciones concisas de la persona razonable en el derecho penal. Joshua Dressler resume los esfuerzos de los juristas de derecho penal de describir la persona razonable así: “[E]sta persona posee la inteligencia, la educación, el nivel de prudencia y el temperamento de una persona promedia [y] no tiene discapacidades físicas inusuales.”²⁴ Como la persona razonable es una figura fungible que aparece en varias partes del derecho común, también es útil examinar la definición estándar en el contexto de responsabilidad civil. El *Restatement (Second) of Torts* describe el “hombre razonable” como “una persona que ejerce aquellas calidades de atención, conocimiento, inteligencia y juicio exigidas por la sociedad de todos sus miembros para la protección de sus propios intereses y los de los demás.”²⁵

Castigar a alguien por no cumplir con un estándar que nunca pudo cumplir no es el propósito del derecho penal.²⁶ Teniendo en cuenta estas inquietudes,

19 Véase, e.g., MODEL PENAL CODE § 2.09 (1962).

20 Véase, e.g., id. § 3.04.

21 Véase, e.g., id. § 210.3(1)(b).

22 Por ejemplo, véase *Commonwealth v. Legg*, que emplea el estándar de persona razonable en casos de asesinato cometido durante un delito:

Quando un actor participa en uno de los delitos enumerados estatutariamente y ocurre un asesinato, la ley, mediante la regla de homicidio cometido durante un delito, permite que el investigador de los hechos pueda inferir que el asesinato fue malicioso en base al hecho que el actor participó en un delito de una naturaleza tan peligroso para la vida humana porque el actor, bajo el estándar de un hombre razonable, sabía o debía saber que la muerte podría resultar del delito

23 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

24 JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW § 10.04 [B][3][b] (1987); véase también RIPSTEIN, *supra* nota 6, en 192 (“[L]a persona razonable en el sentido [de la ley] es . . . aquella cuyas acciones demuestran una consideración apropiada tanto de sus intereses como de los de los demás.”). Véase *supra*, nota 5 para detalles de la relación entre la “persona razonable” y la “persona promedio.”

25 RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 283 cmt. b (1965).

26 Este principio es implícito —si no explícito— en una amplia gama de fuentes, de la jurisprudencia a la legislación modelo a los tratados. Véase e.g., *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 306 (2002) (que determinó que, “[p]or sus discapacidades en las áreas de razonamiento, juicio, y control de sus impulsos. . . [las personas con discapacidades mentales] no actúan con el nivel de culpabilidad

el *Model Penal Code* promueve cierto grado de individualización del estándar de la persona razonable.²⁷ Los elaboradores del Código aseguraron un cierto grado de flexibilidad haciendo referencia a la “situación del actor.”²⁸ La frase es intencionalmente ambigua.²⁹ Los elaboradores del Código aprobaron una redacción que “entrega la flexibilidad suficiente para diferenciar en casos específicos entre aquellos aspectos especiales de la situación del actor que deberían considerarse relevantes para el propósito de clasificar [delitos] y aquellos que deberían ignorarse.”³⁰ Es este tema —precisamente cuáles aspectos especiales de la situación del actor son relevantes— que es se discute en la formulación de un estándar del joven razonable. Como se discute abajo, *J.D.B.* resolvió esta cuestión en lo afirmativo en cuanto a la edad. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que la Corte en *J.D.B.* se esforzó para subrayar que considerar la edad de un niño en un análisis de custodia no perjudica la objetividad del análisis.³¹ Ya que las diferencias entre los niños y adultos son “evidentes para cualquiera que ha sido niño,”³² considerar la edad “de ninguna manera involucra una

moral que caracteriza la conducta criminal más grave de los adultos,” y por lo tanto nunca deben ser sometidos a la pena de muerte); véase también MODEL PENAL CODE § 2.02(1) (1962) (que declara que uno no es culpable de una ofensa a menos que actúe con un grado prescrito de culpabilidad); SANFORD H. KADISH & STEPHEN J. SCHULHOFER, CRIMINAL LAW AND ITS PROCESSES 203–04 (7th ed. 2001)

27 Por ejemplo, el *Model Penal Code* establece que:

Una persona actúa de forma negligente con respecto a un elemento material de un delito cuando debería estar consciente de un riesgo sustancial e injustificable de que ese elemento material resultará de su conducta. El riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que la no percepción del riesgo por parte del actor, considerando la naturaleza y la intención de su conducta y las circunstancias conocidas por él, representa una desviación grave del estándar de cuidado que sería observado por una persona razonable en la situación del actor.

MODEL PENAL CODE § 202(2)(d) (1962) (énfasis añadido). Esta frase aparece en otras partes del Código en las secciones que se ocupan de la culpabilidad, como la disposición que rebaja de asesinato a homicidio involuntario en casos de perturbación emocional extrema. *Id.* § 210.3.

28 Véase, e.g., *id.* § 202(2)(d).

29 2 AM. LAW INST., MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES § 210.3 cmt. en 62 (1980).

30 *Id.* en 63. El término “situación” es intencionalmente ambiguo y deja margen para que la persona razonable considere “algunas pero no todas” las características personales del acusado, permitiendo que las cortes determinen cuáles de las características son las relevantes. Michael Vitiello, *Defining the Reasonable Person in the Criminal Law: Fighting the Lernaean Hydra*, 14 LEWIS & CLARK L. REV. 1435, 1443 (2010). Antes de la decisión en *J.D.B.*, los tribunales inferiores podían determinar si la edad era una característica relevante. Después de *J.D.B.*, es probable que la medida en que se debe incorporar la edad del individuo en cuestión en estas determinaciones de razonabilidad sea una de las nuevas fronteras donde se definen los límites cambiantes entre los niños y los adultos en el derecho estadounidense generalmente y en el derecho penal específicamente.

31 *J.D.B. v. North Carolina*, 131 S. Ct. 2394, 2403–06 (2011).

32 *Id.* at 2403.

determinación de cómo la juventud ‘afecta subjetivamente la mentalidad’ de cualquier niño en particular.”³³

b. El Estándar de la Persona Razonable y los Niños: Los Niños Son Diferentes

Las características típicas la persona razonable a lo largo del derecho común —atención, prudencia, conocimiento, inteligencia, y juicio— son precisamente aquellas que la sociedad no les atribuye a los menores, así justificando una amplia gama de leyes que los regulan.³⁴ Por ejemplo, los requisitos de edad para conducir vehículos reflejan un consenso en la sociedad de que los niños poseen un menor estándar de conocimiento y juicio que la persona razonable (adulta). Aunque la persona razonable posee un grado de conocimiento e inteligencia exigido por la sociedad de sus miembros para proteger el interés colectivo,³⁵ las leyes que garantizan el acceso a la educación pública demuestran un consenso existente en la sociedad de que los jóvenes no tienen “las capacidades necesarias para llevar vidas productivas de adultos.”³⁶ La doctrina de la infancia en el derecho contractual, y los requisitos de edad para ser inscribirse en las fuerzas armadas y votar revelan una creencia que los menores son incapaces de ejercer el grado de juicio requerido para que les entreguen esas responsabilidades tan pesadas.³⁷ La creencia de la sociedad que los niños no tienen una o más de las características de una persona razonable subyace cada uno de estos esquemas regulatorios.

Muy temprano en su desarrollo, la doctrina del derecho común reflejaba la opinión que los niños no deberían someterse al mismo estándar de conducta que los adultos.³⁸ De hecho, la misma definición de “niño” en el campo de la responsabilidad civil es “una persona de tan pocos años como para ser incapaz de ejercer el juicio, inteligencia, conocimiento, experiencia, y prudencia exigidos por el estándar del hombre razonable que se aplica a los adultos.”³⁹ Al contrario, la doctrina de negligencia somete a los niños a un estándar de

33 *Id.* at 2405 (cita omitida).

34 Para un resumen de los orígenes y la historia de la regulación legal de los niños en tiempos modernos véase BARRY C. FELD, *BAD KIDS: RACE AND THE TRANSFORMATION OF THE JUVENILE COURT* 34–45 (1999); ELIZABETH S. SCOTT & LAURENCE STEINBERG, *RETHINKING JUVENILE JUSTICE* 62–67 (2008). See also *J.D.B.*, 131 S. Ct. en 2404.

35 RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 283 cmt. b (1965).

36 SCOTT & STEINBERG, *RETHINKING JUVENILE JUSTICE*, *supra* nota 34, en 67.

37 *Id.* en 64–67; véase también *J.D.B.*, 131 S. Ct. en 2404; *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 569 (2005); FELD, *supra*, nota 34, en 34–45.

38 Véase Lara A. Bazelon, *Nota*, *Exploding the Superpredator Myth: Why Infancy Is the Preadolescent’s Best Defense in Juvenile Court*, 75 N.Y.U. L. REV. 159, 159–61 (2000) (citando fuentes discutiendo los orígenes de la defensa de la infancia que remontan a la era romana).

39 RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 283A cmt. a (1965).

cuidado descrito como “el de una persona de edad, inteligencia y experiencia parecidas en circunstancias parecidas.”⁴⁰

Este estándar reducido de conducta para los niños en el contexto de la negligencia refleja la noción que si un individuo es incapaz de cumplir con un estándar de conducta, es injusto hacer que ese individuo sea legalmente responsable por no cumplir con ese estándar. Como la persona razonable es una ficción legal que posee las mismas características generales en todas partes del derecho común, es lógico que los principios que subyacen la doctrina de responsabilidad civil en el Restatement § 283^a —a saber, que la edad de un niño es relevante para determinar la razonabilidad— se extiendan a las otras esferas de la ley.⁴¹

III. *ROPER v. SIMMONS AND GRAHAM v. FLORIDA: LA DOCTRINA EN EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA JUVENIL APOYA J.D.B. v. NORTH CAROLINA*

Entre 2005 y 2011, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió dos casos emblemáticos que han alterado profundamente el análisis de la Corte sobre los derechos de los jóvenes bajo la Cláusula sobre Castigos Crueles e Inusuales de la Octava Enmienda,⁴² con implicaciones significativas para el estatus y el tratamiento de los jóvenes en general en el sistema de justicia. En el 2005, en *Roper v. Simmons*, la Corte abolió la pena de muerte juvenil con arreglo a la Octava Enmienda.⁴³ En 2010, en *Graham v. Florida*, la Corte declaró que una condena perpetua sin posibilidad de libertad condicional de un joven condenado por un delito que no era un homicidio también violó la Octava Enmienda.⁴⁴ Como se observó arriba, en 2011, la Corte decidió *J.D.B. v. North Carolina*, exigiendo que la edad de un niño se considerase cuando se aplica el análisis de custodia de *Miranda*.⁴⁵ En los tres casos, la Corte reconoció la importancia de considerar la inmadurez al aplicar las protecciones constitucionales a los jóvenes; la Corte también demostró su apertura a la construcción de principios constitucionales sobre investigaciones científicas y del desarrollo que tengan fundamentos sólidos.

En *Roper v. Simmons*, la Corte Suprema desautorizó la aplicación de la pena de muerte a los jóvenes en gran parte por investigaciones del desarrollo. La Corte fue convencida que los jóvenes eran diferentes de los adultos en formas que desafiaban las justificaciones tradicionales para aplicar la pena de muerte.⁴⁶ Es-

40 Id. § 283A.

41 See *J.D.B.*, 131 S. Ct. at 2403–06.

42 U.S. CONST. enmienda. VIII.

43 543 U.S. 551, 578 (2005).

44 130 S. Ct. 2011, 2034 (2010).

45 131 S. Ct. en 2408.

46 543 U.S. en 569.

pecíficamente, citando estudios usados por muchos *amici curiae* como la American Medical Association⁴⁷ y la American Psychological Association,⁴⁸ la Corte observó tres características de la juventud que respaldaban su abolición de la pena de muerte juvenil: (i) los jóvenes son inmaduros y no demuestran juicios maduros; (ii) los jóvenes son susceptibles a la presión de sus pares, especialmente presión de pares negativos;⁴⁹ y (iii) la juventud es una fase transitoria de desarrollo y los perpetradores adolescentes tienen una mayor capacidad que los perpetradores adultos de rehabilitarse y reformar sus caracteres.⁵⁰ Dadas estas características, la Corte siguió y observó que “[e]s difícil incluso para los psicólogos expertos diferenciar entre el perpetrador juvenil cuyo delito refleja una inmadurez desafortunada pero transitoria y el poco común perpetrador juvenil cuyo delito refleja una corrupción irreparable.”⁵¹

La Corte en *Roper* sostuvo que la capacidad limitada de toma de decisión de los adolescentes y su susceptibilidad a las influencias externas son relevantes para la determinación de su responsabilidad criminal. Como comentó el Juez Kennedy en nombre de la Corte en *Roper*: “Como los estudios científicos y sociológicos. . . tienden a confirmar, la falta de madurez y un sentido poco desarrollado de la responsabilidad se encuentran más en la juventud que en los adultos y son más comprensibles entre los jóvenes. Estas calidades muchas veces conducen a acciones y decisiones impetuosas y mal consideradas.”⁵² La Corte además explicó que, “los jóvenes tienen menos control, o menos experiencia con el control, sobre su propio ambiente.”⁵³

47 *Roper*, 543 U.S. en 569–70; Brief for Am. Med. Ass’n et al. as Amici Curiae Supporting Respondent, *Roper*, 543 U.S. 551 (No. 03-633), 2004 WL 1633549.

48 *Roper*, 543 U.S. en 569–70; Brief for Am. Psychological Ass’n & Mo. Psychological Ass’n. as Amici Curiae Supporting Respondent, *Roper*, 543 U.S. 551 (No. 03-633), 2004 WL 1633549.

49 La mayor susceptibilidad de los jóvenes a la presión de sus pares es relevante para la determinación de su imputabilidad. Los investigadores han establecido una relación significativa entre la delincuencia adolescente y la presión de los pares. Elizabeth Scott, *Criminal Responsibility in Adolescence: Lessons from Developmental Psychology*, in *YOUTH ON TRIAL: A DEVELOPMENTAL PERSPECTIVE ON JUVENILE JUSTICE* 304 (Thomas Grisso & Robert G. Schwartz eds., 2000). Las investigaciones demuestran que “la mayoría de las elecciones de los adolescentes de delinquir ocurren en un escenario social en el que la presión inmediata de los pares es el motivo real de la mayoría de la delincuencia adolescente.” Franklin E. Zimring, *Penal Proportionality for the Young Offender: Notes on Immaturity, Capacity, and Diminished Responsibility*, in *YOUTH ON TRIAL*, supra, at 280. De hecho, “el contexto grupal” es la característica más importante de la penalidad adolescente. Id. at 281. Aunque un joven puede discriminar entre el bien y el mal cuando está sólo, resistir la tentación en la presencia de los demás requiere experiencia social; una habilidad diferente que muchos adolescentes todavía no han desarrollado plenamente. Id. en 280–81.

50 *Roper*, 543 U.S. en 569–70.

51 Id. en 573.

52 Id. en 569 (citas omitidas) (se han omitido las comillas internas).

53 Id.; véase también Laurence Steinberg & Elizabeth S. Scott, *Less Guilty by Reason of Adolescence: Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty*, 58 *AM. PSYCHOLOGIST* 1009, 1014 (2003) (“[C]omo menores legales, [a los menores] les falta la libertad

Cinco años después de *Roper*, la Corte en *Graham v. Florida* reiteró y enfatizó aún más sus hallazgos sobre la juventud: “Ningún dato reciente entrega un motivo para que se reconsideren las observaciones de la Corte en *Roper* sobre la naturaleza de los jóvenes. Como los *amici* de los solicitantes destacan, los desarrollos de la psicología y la ciencia neurológica siguen mostrando diferencias fundamentales entre las mentes juveniles y adultas.”⁵⁴ La Corte extendió el análisis de *Roper* incluyendo en *Graham* la conclusión de que la toma de decisiones por adolescentes se distingue no sólo por las limitaciones cognitivas y psicosociales, sino también por las neurológicas.⁵⁵ Estos impedimentos para la toma de decisiones que son normales en términos del desarrollo pueden exacerbarse cuando los adolescentes están estresados.⁵⁶

IV. DE MIRANDA v. ARIZONA A J.D.B. v. NORTH CAROLINA

Como la persona razonable, “las advertencias *Miranda*” nos son familiares a todos, aunque tal vez esta familiaridad tiene más que ver con haber visto innumerables episodios de *La Ley y el Orden* que lo que se aprende en los cursos de derecho penal de primer año. *Miranda v. Arizona*, la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos que ordena que se entregue un grupo de advertencias profilácticas a los sospechosos antes de la interrogación en custodia por la policía,⁵⁷ se decidió hace más de cuarenta y cinco años. Las muchas veces citadas advertencias *Miranda* —de que el sospechoso tiene, entre otros derechos, el derecho de guardar silencio y el derecho de pedir la presencia de un abogado⁵⁸— fueron adoptadas para proteger el privilegio de la Quin-

de los adultos de extraerse de una situación criminogénica.”); Zimring, *supra*, nota 49, en 280 (“Los años de la adolescencia son períodos cuando los problemas de autocontrol son enfrentados en una serie de campos de batalla distintos y nuevos. . . . Los nuevos espacios. . . requieren no sólo una apreciación cognitiva de la necesidad de autocontrol en una nueva situación sino práctica también.”). Por lo tanto, un niño que se enfrenta con un nuevo tipo de situación puede tener más dificultad para ejercer el autocontrol que un adulto con más experiencia. Además, como los adolescentes tienden a subestimar el futuro y dan más importancia a los riesgos y los beneficios de corto plazo, pueden sentir mayor presión de la coerción inmediata que enfrentan. Véase Elizabeth S. Scott, N. Dickon Reppucci & Jennifer L. Woolard, Evaluating Adolescent Decision Making in Legal Contexts, 19 LAW & HUM. BEHAV. 221, 231 (1995).

54 *Graham v. Florida*, 130 S. Ct. 2011, 2026 (2010).

55 Véase *id.*

56 Véase Laurence Steinberg & Robert G. Schwartz, Developmental Psychology Goes to Court, in YOUTH ON TRIAL, *supra*, nota 49, en 26 (que explica que incluso cuando los adolescentes mayores adquieren habilidades intelectuales crudas comparables a las de los adultos, su falta relativa de experiencia puede impedir su capacidad de tomar buenas decisiones).

57 384 U.S. 436, 444 (1966).

58 *Id.* Específicamente, la Corte en *Miranda* ordenó que, antes del cuestionamiento, un sospechoso “debe ser advertido que tiene el derecho de permanecer callado, que todo lo que diga podrá ser usado como evidencia en su contra, y que tiene el derecho a que esté presente un abogado, pa-

ta Enmienda contra la autoincriminación⁵⁹ por las “presiones inherentemente coercitivas” de los interrogatorios policiales.⁶⁰ Aunque cualquier entrevista con la policía tiene “aspectos coercitivos,”⁶¹ las entrevistas realizadas en la custodia de la policía conllevan un “riesgo más elevado de que las declaraciones no sean el producto de la libre elección del sospechoso.”⁶² *Miranda* reconoció expresamente que la interrogación realizada en custodia en un “ambiente sin comunicación con el exterior y dominado por la policía”⁶³ crea presiones psicológicas que “trabajan para socavar la voluntad del individuo de resistir y lo obligan a hablar donde en otras circunstancias no lo haría libremente.”⁶⁴

Las advertencias de *Miranda* son específicamente diseñadas para proteger al individuo de la naturaleza coercitiva de la interrogación en custodia.⁶⁵ Como tal, son requeridas sólo cuando una persona está “en custodia.”⁶⁶ Para determinar si una persona está en custodia, las cortes hacen dos preguntas discretas y objetivas: “[P]rimero, cuáles fueron las circunstancias alrededor de la interrogación; y segundo, dadas esas circunstancias, una *persona razonable* se habría sentido con libertad de terminar la interrogación e irse.”⁶⁷ Por lo tanto, la análisis de la custodia—y, por eso, la legalidad de la interrogación—dependen de si una persona razonable se habría creído bajo arresto formal o si se habría sentido restringida en su libertad de movimiento al grado asociado con arresto formal.⁶⁸

gado por él mismo o asignado por la Corte.” Id. Véase también *Florida v. Powell*, 130 S. Ct. 1195, 1204 (2010) (“Las cuatro advertencias *Miranda* son invariables, pero la Corte no ha establecido las palabras mediante las cuales la información debe transmitirse.”).

59 U.S. CONST. enmienda V.

60 *Miranda*, 384 U.S. en 467.

61 *Oregon v. Mathiason*, 429 U.S. 492, 495 (1977) (per curiam).

62 *J.D.B. v. North Carolina*, 131 S. Ct. 2394, 2401 (2011) (cita omitida) (comillas internas omitidas).

63 *Miranda*, 384 U.S. en 456.

64 Id. en 467.

65 *J.D.B.*, 131 S. Ct. en 2402.

66 *Miranda*, 384 U.S. en 445. La Corte *Miranda* explicó:

El asunto constitucional que decidimos en cada uno de estos casos es la admisibilidad de las declaraciones obtenidas de un acusado mientras está en custodia o de otra manera privado de su libertad de acción en cualquier forma significativa. En cada uno, el acusado fue interrogado por oficiales de la policía, detectives, o un fiscal en una sala en la que fue aislado del mundo exterior. En ninguno de estos casos el acusado recibió una advertencia plena y efectiva de sus derechos al comienzo del proceso de interrogación. En todos los casos, el interrogatorio obtuvo admisiones orales, y en tres, declaraciones firmadas también que fueron admitidas en los juicios. Por eso todas comparten características salientes —interrogación sin comunicación con el exterior de individuos en un ambiente dominado por la policía, resultando en declaraciones auto-incriminadoras sin declaraciones plenas de los derechos constitucionales.

67 *J.D.B.*, 131 S. Ct. en 2402 (énfasis agregado) (citando *Thompson v. Keohane*, 516 U.S. 99, 112 (1995)).

68 Id.

En el 2011, la Corte Suprema decidió en *J.D.B. v. North Carolina*,⁶⁹ que la edad de un sospechoso menor fue relevante para determinar cuándo fue tomado en custodia y cuando tiene, por consiguiente, derecho a una advertencia *Miranda*.⁷⁰ En *J.D.B.*, la Corte tenía la oportunidad de revisar la eficacia de la doctrina *Miranda* en el contexto de la interrogación de un estudiante de colegio de trece años que fue interrogado en una sala de conferencias de puerta cerrada por administradores del colegio y oficiales de la policía.⁷¹ Escribiendo por la mayoría, el Juez Sotomayor declaró: “[S]iempre que la edad del niño haya sido conocido por el oficial en el momento del cuestionamiento, o le habría sido objetivamente aparente a un oficial razonable, su inclusión en la análisis de custodia es consistente con la naturaleza objetiva de esa prueba.”⁷² El Juez Sotomayor efectivamente caracterizó la juventud como un hecho inequívoco que “genera conclusiones de sentido común sobre el comportamiento y la percepción,”⁷³ y observó que tales conclusiones son “evidentes por si solas a cualquiera que alguna vez ha sido niño, incluyendo cualquier oficial de la policía o juez.”⁷⁴

69 131 S. Ct. 2394 (2011).

70 Id. en 2406.

71 Id. en 2398–408. El Juez Sotomayor, escribiendo en nombre de la mayoría, no consideró el ambiente escolar representante de la edad, como el Juez Alito, en su opinión disconforme, pareció sugerir. Id. en 2415 (Alito, J., disconforme). El Juez Sotomayor respondió:

Un escolar—cuya presencia en el colegio es obligatoria y cuya desobediencia en el colegio es motivo de acción disciplinaria—está en una posición muy diferente, digamos, que un padre haciendo trabajo voluntario en el colegio para supervisar un evento, o un adulto de la comunidad en la propiedad del colegio para asistir a un partido de basquetbol. Sin preguntar si la persona “cuestionada en el colegio” es un “menor,” . . . el efecto coercitivo de estar en el colegio no puede saberse.

Id. en 2405 (cita omitida). Compare *Howes v. Fields*, en el que la Corte sostuvo que un preso que fue avisado que estaba libre de terminar la interrogación antes de ser interrogado en otra sala en la prisión no estaba en custodia para los efectos de *Miranda*. 132 S. Ct. 1181, 1194 (2012). Aunque el prisionero no podía moverse libremente en la cárcel, y habría tenido que ser escoltado a su celda si eligiera terminar la interrogación, la Corte sostuvo que esta restricción sobre su libertad de movimiento no fue mayor que lo que experimentaba en cualquier momento en el que movía alrededor de la prisión. Id. Esto tiene poco impacto sobre la decisión de la Corte en *J.D.B.*, en la que el Juez Sotomayor discrepó con la sugerencia del Juez Alito en desconformidad que el lugar de interrogación de *J.D.B.*—un colegio donde su libertad de movimiento generalmente era restringido—fue el factor principal para sostener que *Miranda* aplicaba. Al contrario, el Juez Sotomayor fue claro al decir que la edad de *J.D.B.* era lo más relevante para determinar si estaba en custodia, no el lugar donde lo interrogaron. *J.D.B.*, 131 S. Ct. at 2405.

72 Id. en 2406. Aunque la interrogación de *J.D.B.* ocurrió en un colegio, la opinión mayoritaria subrayó que su opinión no dependía de este hecho. Respondiendo a la afirmación en desconformidad del Juez Alito que el análisis tradicional de *Miranda* considera la naturaleza coercitiva de interrogaciones realizadas en los colegios, la mayoría observó que “el efecto del entorno de colegio no puede separarse de la identidad de la persona siendo interrogada.” Id. en 2405.

73 Id. en 2403 (citando *Yarborough v. Alvarado*, 541 U.S. 652, 674 (2004) (Breyer, J., en disenso)).

74 Id. Respondiendo a la preocupación de la opinión disconforme sobre las “gradaciones entre niños

La Corte vinculó su dictamen al punto de vista aceptado en “[t]odas las jurisdicciones estadounidenses. . . que la niñez de una persona es una circunstancia relevante” para averiguar qué habría hecho la llamada persona razonable en las circunstancias particulares en cuestión.⁷⁵ La Corte observó que el derecho común ha reflejado la realidad de que los niños “no pueden ser considerados meramente como adultos en miniatura”⁷⁶ y que cuestiones de responsabilidad normalmente deben tomar en cuenta la edad de forma adecuada.⁷⁷ La Corte distinguió la edad de “otras características personales que, incluso cuando son conocidas a la policía, no tienen una relación objetivamente aparente con cómo una persona razonable entiende su libertad de acción.”⁷⁸ La Corte concluyó:

Sostener, como pide el Estado, que la edad de un niño nunca es relevante en la cuestión de si un sospechoso ha sido detenido—y de esa manera ignorar las diferencias muy reales entre los niños y los adultos—sería negar a los niños, el pleno alcance de las salvaguardas procesales garantizadas por *Miranda* a los adultos.⁷⁹

V. J.D.B. v. NORTH CAROLINA: LOS HECHOS Y EL ANÁLISIS

Aunque los temas presentados en *Roper* y *Graham* se enfocaron plenamente sobre el tema de la reprochabilidad de los jóvenes en el contexto de condenarlos, los temas que surgieron en *J.D.B.* llevaron el análisis un paso más hacia adelante. Según la lógica de la Corte, las mismas características de juventud que hacen que los jóvenes sean menos culpables que los adultos en el contexto de la Octava Enmienda —i.e. razonamiento y juicio morales inmaduros, susceptibilidad a la presión de los pares, y la capacidad para reformarse— son directamente relevantes en los análisis de razonabilidad que son ampliamente difundidos en el derecho penal.⁸⁰

J.D.B. era un estudiante del nivel medio de trece años en Chapel Hill, Carolina del Norte, que fue retirado de su sala de clases por un oficial de la policía

de varias edades,” id. en 2407, el Juez Sotomayor escribió: “Tal como los oficiales de la policía pueden tomar en cuenta otras circunstancias objetivas que son una cuestión de grado como la duración del cuestionamiento o el número de oficiales presentes, también pueden evaluar el efecto de edad relativa.” Id.

75 Id. en 2404 (citando RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS § 10 cmt. b. (2005)).

76 Id. en 2404 (citando a *Eddings v. Oklahoma*, 455 U.S. 104, 115–16 (1982)).

77 Id. en 2403–04.

78 Id. en 2404. En *Yarborough*, por ejemplo, la Corte no consideró el historial previo de interrogaciones de un sospechoso con la policía como relevante en el análisis de custodia “porque esa experiencia fácilmente podría hacer que una persona razonable se sintiera libre de irse y no obligado a quedarse en el lugar.” Id. at 2404 (citando a *Yarborough*, 541 U.S. en 668).

79 Id. en 2408.

80 Véase id. en 2403–04.

y escoltado a una sala de conferencias para ser interrogado.⁸¹ La puerta a la sala de conferencias estaba cerrada.⁸² Ahí, un investigador de la policía, un oficial uniformado de recursos escolares, el director asistente, y un practicante administrativo adulto lo interrogaron durante aproximadamente 30–45 minutos.⁸³ El interrogatorio comenzó con una charla, incluyendo una discusión sobre deportes y la vida familiar de J.D.B.⁸⁴ Al final, los oficiales empezaron a interrogar a J.D.B. sobre asaltos recientes a casas en su barrio en los que se robaron algunos ítems.⁸⁵ Antes de comenzar el cuestionamiento, los oficiales presentes no le dieron a J.D.B. las advertencias de *Miranda* ni la oportunidad de llamar a su abuela – su tutor legal, y tampoco le dijeron que estaba libre de irse de la sala.⁸⁶

J.D.B. negó su participación en cualquier delito.⁸⁷ J.D.B. dijo que había estado en la vecindad de los asaltos porque estaba buscando trabajo cortando céspedes.⁸⁸ Después de que el oficial le presionara para que entregara detalles sobre sus intentos de encontrar un trabajo de tiempo parcial, el oficial le mostró una cámara digital que había estado entre los artículos robados recuperados por la policía.⁸⁹ En este momento de la interrogación, el director asistente “trató de convencer a J.D.B. para que ‘hiciera lo correcto,’ advirtiéndole que ‘la verdad siempre sale al final.’”⁹⁰ J.D.B. “le preguntó si ‘iba a estar en problemas de todas maneras’ si devolvía las ‘cosas.’”⁹¹ El oficial explicó que la devolución de los artículos ayudaría, pero que “este asunto se va a la corte” en todo caso.⁹² El oficial siguió: “[L]o hecho, hecho está [;] ahora tienes que ayudarte corrigiendo tu error.”⁹³ También le avisó a J.D.B. que tal vez iba a tener que conseguir una orden de custodia segura si pensaba que J.D.B. seguía asaltando casas y explicó que una orden de custodia segura es “cuando te envían a un centro de detención juvenil antes de ir a la corte.”⁹⁴ J.D.B. luego “confesó que él y un amigo fueron responsables por los robos.”⁹⁵ Sólo entonces el oficial le avisó a J.D.B.

81 Id. en 2399.

82 Id.

83 Id.

84 Id.

85 Id.

86 Id.

87 Id.

88 Id.

89 Id.

90 Id.

91 Id.

92 Id. en 2399–400.

93 Id. en 2400.

94 Id.

95 Id.

que no tenía que responder a las preguntas del oficial y que podía irse.⁹⁶ J.D.B. indicó que entendía sus derechos, entregó más detalles al oficial, y preparó una declaración escrita.⁹⁷ Volvió a su casa al final del día escolar.⁹⁸

J.D.B. fue acusado de violación de morada y hurto en el tribunal juvenil.⁹⁹ Su defensor público presentó una moción de supresión de sus declaraciones y la evidencia obtenida, con el argumento que J.D.B. había sido interrogado bajo custodia sin haber sido entregadas las advertencias *Miranda* y que sus declaraciones fueron involuntarias.¹⁰⁰ La Corte de primera instancia rechazó la moción, hallando que J.D.B. no estaba “en custodia” según *Miranda* durante la interrogación en la escuela.¹⁰¹ J.D.B. presentó una transcripción de su admisión a los cargos, pero renovó su objeción al rechazo de su solicitud de suprimirla.¹⁰² Un comité dividido de la Corte de Apelaciones de Carolina del Norte afirmó el rechazo de la moción.¹⁰³ La Corte Suprema de Carolina del Norte también lo afirmó, con dos disconformidades,¹⁰⁴ adoptando la decisión de la Corte inferior de que J.D.B. no estaba en custodia y explícitamente “negó extender la prueba de custodia para incluir la consideración de la edad. . . de un individuo sometido a interrogatorio por la policía.”¹⁰⁵

Con el Juez Sotomayor escribiendo por parte de la mayoría, la Corte Suprema revocó la sentencia. La Corte reiteró su creencia central, la que también subyace en *Miranda*, que la interrogación por la policía en custodia “[p]or su

96 Id.

97 Id.

98 Id.

99 Id.

100 Id.

101 Id.

102 Id.

103 Id.

104 El Juez Brady discrepó con la decisión mayoritaria, disintiendo con la afirmación de que la edad de J.D.B. no era relevante en la determinación de custodia *Miranda*. Refiriéndose específicamente a la ley de Carolina del Norte, el Juez Brady escribió: “es lógico que la edad se considere como parte del estándar de la persona razonable en un análisis de custodia bajo N.C.G.S. § 7B-2101.” In re J.D.B., 686 S.E.2d 135, 141 (N.C. 2009). El Juez Brady sostuvo específicamente:

[L]a indagación apropiada en el presente caso al determinar si el acusado estaba en custodia. . . debe ser si, bajo la totalidad de las circunstancias, un joven razonable en la posición del acusado habría creído que estaba bajo arresto formal o restringido en su movimiento en el grado asociado con un arresto formal.

Id. en 142. La Jueza Hudson también discrepó. Ella aceptó que la edad de J.D.B. fue un factor relevante en la determinación de custodia, id. en 149–50, y también reconoció la naturaleza inherentemente coercitiva del entorno escolar: “[L]os jóvenes se enfrentan con una variedad de consecuencias negativas —incluyendo potenciales querellas criminales— por negarse a cumplir con las solicitudes u órdenes de las autoridades. . .” Id. en 147.

105 J.D.B., 131 S. Ct. en 2400 (citando In re J.D.B., 686 S.E.2d 135, 140 (N.C. 2009)).

propia naturaleza. . . implica ‘presiones inherentemente coercitivas.’”¹⁰⁶ La Corte entregó una consideración especial a la edad de J.D.B., observando que el riesgo de coerción es “mucho más agudo”¹⁰⁷ cuando un niño es sometido a interrogación en custodia. Para responder al argumento del Estado que la edad no procede en el análisis de custodia, la Corte dijo simplemente: “No podemos estar de acuerdo.”¹⁰⁸ Por primera vez desde que dictaminó *Miranda*, la Corte reconoció que la aplicación apropiada del análisis de custodia requiere que se tome en cuenta la edad de un niño:

En algunas circunstancias, la edad de un niño “habría afectado cómo una persona razonable” en la posición del sospechoso “percibiría su libertad de irse.”. . . Es decir, un *niño razonable* sometido a interrogatorio por la policía a veces se sentiría presionado para someterse cuando un adulto razonable se sentiría libre de irse. Nos parece evidente que las cortes pueden tomar en cuenta esa realidad sin dañar la naturaleza objetiva del análisis de custodia.¹⁰⁹

La Corte subrayó que la edad es un hecho que “genera conclusiones de sentido común sobre el comportamiento y la percepción.”¹¹⁰ Es importante destacar que la Corte basó su aproximación de “sentido común” tanto en la investigación que orientó sus decisiones anteriores en *Roper v. Simmons*¹¹¹ y *Graham v. Florida*,¹¹² como en la jurisprudencia previa de la misma Corte que ha reconocido de forma consistente el vínculo entre el estatus de menor y el estatus

106 Id. en 2401 (citando *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 467 (1966)).

107 Id.

108 Id. en 2402.

109 Id. en 2402–03 (énfasis agregando) (citando *Stansbury v. California*, 511 U.S. 318, 325 (1994) (per curiam)). En J.D.B., la Corte fue presentada con una pregunta que se le había pedido considerar en el 2004 en *Yarborough v. Alvarado*, 541 U.S. 652 (2004), sobre la relevancia de la edad en el análisis de custodia bajo *Miranda*. El Noveno Circuito había dictaminado, en un procedimiento federal de habeas corpus bajo la Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (AEDPA) de 1996, que las cortes estatales habían concluido de forma errónea que la edad de Alvarado (diecisiete al momento de la interrogación por la policía) fue irrelevante para determinar de si habría que podía terminar el cuestionamiento. La Corte Suprema revirtió esa conclusión, sosteniendo que una corte estatal que no tomó en cuenta la edad del menor en el análisis de custodia de *Miranda* no fue “objetivamente irrazonable” bajo el estándar deferencial de la AEDPA. *Yarborough*, 541 U.S. en 665–66. Aunque la Corte en *Yarborough* reconoció que tomar en cuenta la edad de un joven bajo *Miranda* “podía entenderse como la creación de una indagación subjetiva,” id. en 668, la Corte no respondió si tal punto de vista sería correcto bajo la ley. Id. De hecho, el Juez O’Connor, que coincidía con el dictamen en *Yarborough*, reconoció que la edad de un sospechoso de hecho podría ser relevante en la investigación sobre la “custodia”. Id. at 669 (O’Connor, J., concurrente).

110 J.D.B., 131 S. Ct. at 2402 (citando *Yarborough*, 541 U.S. en 674 (Breyer, J., disconforme)).

111 543 U.S. 551 (2005).

112 130 S. Ct. 2011 (2010).

legal.¹¹³ Con referencia a estas decisiones anteriores, la mayoría observó: “[N]uestra historia está repleta de leyes y reconocimientos judiciales de que los niños no pueden ser considerados simplemente como adultos en miniatura.”¹¹⁴

La observación de la Corte de que la edad conduce a “conclusiones objetivas” sobre la susceptibilidad a la influencia o a las presiones externas se basó directamente en *Roper* y *Graham*, casos que dependían de investigaciones que confirmaban ideas preconcebidas ampliamente difundidas sobre los jóvenes. Como observó la Corte:

La ley históricamente ha reflejado la misma idea preconcebida que los niños por su naturaleza no tienen la capacidad de ejercer juicios maduros y poseen sólo una capacidad incompleta de entender el mundo a su alrededor. . . Como las generalizaciones de la misma Corte, los impedimentos legales que se les imponen a los niños como una clase. . . exhiben el conocimiento establecido que reza que las características diferenciadoras de los jóvenes son universales.¹¹⁵

Subrayando la relevancia de estas diferencias demostradas, la Corte rechazó los argumentos del Estado y de los jueces disidentes de que el permitir que la consideración de la edad oriente el análisis de custodia socavaría la “claridad” prevista del test de *Miranda*.¹¹⁶ Al contrario, la mayoría observó que “ignorar la edad de un acusado juvenil muchas veces hará que las preguntas [*Miranda*] sean más artificiales. . . y sólo confundirá más las cosas.”¹¹⁷ La Corte criticó las

113 J.D.B., 131 S. Ct. en 2404–05.

114 Id. at 2404. Como resumió la Corte:

Hemos observado que los niños “generalmente son menos maduros y responsables que los adultos,” que “muchas veces no tienen la experiencia, la perspectiva, y el juicio como para reconocer y evitar las elecciones que podrían serles perjudiciales,” que “son más vulnerables o susceptibles a . . . las presiones externas” que los adultos, etc. Dirigiéndose al contexto específico de la interrogación realizada por la policía, hemos observado que eventos que “no conmovieran o impresionarían a un hombre pueden abrumar y sobrecoger a un chico en su adolescencia.”

115 Id. en 2403–04.

116 Id. en 2407. En su disconformidad, el Juez Alito, con quien los Jueces Thomas y Scalia estaban de acuerdo, argumentó que una de las principales virtudes de la prueba de custodia bajo *Miranda* fue su “facilidad y claridad de . . . aplicación,” id. en 2415 (citando a *Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412, 425 (1986)), y que la regla anunciada por el Juez Sotomayor revertiría ese proceso. Id. Véase también *Withrow v. Williams*, 507 U.S. 680, 694 (1993). En la opinión del Juez Alito *Miranda* simplificó todo requiriendo que la policía dieran a los sospechosos advertencias.”

117 J.D.B., 131 S. Ct. en 2407. El Juez Sotomayor enfatizó la naturaleza objetiva de la prueba de custodia de *Miranda*, reiterando que las “opiniones subjetivas o bien de los oficiales que interrogan o de la persona siendo interrogado’ son irrelevantes.” Id. en 2402 (citando *Stansbury v. California*, 511 U.S. 318, 323 (1994)). El Juez Sotomayor siguió: “La prueba, en otras palabras, no involucra la consideración de la ‘mentalidad real’ del sospechoso específico sometido a cuestionamiento por la policía.” Id. (citando a *Yarborough v. Alvarado*, 541 U.S. 652, 667 (2004)). No obstante, el Juez Sotomayor falló que los argumentos de los jueces disconformes y del Estado que la consideración

argumentos del Estado y de los jueces disidentes de que *Miranda* funciona sólo con un análisis “igual para todos”, e insistió que la edad es una circunstancia relevante y objetiva que no puede ser excluida del análisis de custodia “sólo para hacer más clara la línea entre qué es lo que puede considerarse custodia y qué no.”¹¹⁸ Para responder a las disconformidades y a los argumentos del Estado de que los grados entre los niños de distintas edades reducirían aún más la objetividad del test, el Juez Sotomayor discrepó que tal preocupación justificara “el ignorar totalmente la edad de un niño.”¹¹⁹ El Juez Sotomayor escribió:

Tal como los oficiales de la policía son competentes para tomar en cuenta otras circunstancias objetivas que son una cuestión de grado como la duración del interrogatorio o el número de oficiales presentes, también son competentes para evaluar el efecto de la edad relativa. . . . Lo mismo se aplica a los jueces, incluyendo los jueces que fueron niños hace mucho tiempo. . . . Para resumir, los oficiales y los jueces no necesitan poderes de imaginación, conocimiento de psicología del desarrollo, capacitación en ciencia cognitiva, o habilidades en antropología social y cultural para tomar en cuenta la edad de un niño. Sólo necesitan el sentido común para saber que un niño de 7 años no es un niño de 13 años y tampoco lo es un adulto.¹²⁰

El dictamen de la Corte de *J.D.B.* de que es aceptable que las cortes tomen en cuenta la juventud de una persona en un análisis de custodia abre la puerta a una revisión más extendida de la edad en otras partes del sistema de justicia. De hecho, aunque el conocimiento científico sobre los adolescentes sigue creciendo, la investigación ha apuntado en una sola dirección: el juicio de los jóvenes está inherentemente comprometido por su edad y su ubicación en el continuo de desarrollo. El dictamen de *J.D.B.* reconoció la importancia constitucional del hecho de que el “joven razonable” piensa y actúa de forma diferente que la “persona razonable” histórica.

de la edad del sospechoso socavaría la naturaleza objetiva de la prueba estaban erróneas. Sin minimizar el objetivo importante de la claridad, el Juez Sotomayor comentó:

Ni una sola vez hemos excluido del análisis de la custodia una circunstancia que determinamos que era relevante y objetiva, simplemente para hacer más clara la línea entre qué es la custodia y qué no lo es. De hecho, si la claridad y nada más fuera la preocupación principal, la prueba de custodia sólo tendría que preguntar si el sospechoso había sido arrestado formalmente. . . . Sin embargo, hemos rechazado esa prueba más fácil de administrar, reconociendo que sólo “permitiría que la policía esquive las restricciones sobre las interrogaciones en custodia bajo *Miranda*.”

118 Id. en 2407.

119 Id.

120 Id. (referencias cruzadas omitidas).

VI. LA RAZONABILIDAD APLICADA: JUSTIFICACIONES, DEFENSAS, Y EXCUSAS¹²¹

J.D.B. fue revolucionario, distinguiendo por primera vez en el contexto *penal* la muchas veces citada “persona razonable” del “*joven razonable*.”¹²² Dada la prevalencia del estándar de la persona razonable en el derecho penal, la lógica de *J.D.B.* sugiere que si no existe una justificación convincente al contrario, la edad de un niño tiene “una relación objetivamente perceptible” con las determinaciones de razonabilidad que existen a lo largo del derecho común.¹²³ Por lo tanto, hay varias oportunidades en las que las características de la juventud pueden conducir a una opinión distinta de la razonabilidad de la conducta o el estado mental del acusado, o pueden requerir un tratamiento diferente a los jóvenes. En otras palabras, la adopción de un estándar juvenil razonable tiene el potencial de alterar opiniones de larga data sobre la responsabilidad y la culpabilidad de un menor.

J.D.B. dictaminó que la edad de un niño es parte relevante de un análisis objetivo de la custodia, en el sentido que la edad afectaría “‘cómo una persona razonable’ en el lugar del sospechoso ‘percibiría su libertad de irse.’”¹²⁴ La opinión continuó para basar este dictamen en “conclusiones de sentido común”¹²⁵ sobre el comportamiento y las habilidades de los niños que “se aplican de forma amplia a los niños como clase.”¹²⁶ Notablemente, los atributos enumerados demuestran las formas en las que los niños como clase no cumplen con

121 Aunque el estándar razonable de *J.D.B.* surgió en el contexto del procedimiento penal, este artículo explora las implicaciones del estándar en su relación con las determinaciones de la reprochabilidad del acusado. La opinión de *J.D.B.* tiene implicaciones claras para otras áreas del procedimiento penal —incluyendo la voluntariedad de las renunciaciones de derechos y las investigaciones sobre capturas. Esas investigaciones se asemejan al análisis de custodia de *Miranda* en la medida en que tienen que ver con la pregunta de si la edad de un sujeto es relevante para determinar el efecto coercitivo de la conducta de la policía. Por el contrario, este artículo busca promover la conversación sobre las implicaciones de *J.D.B.* más allá de la esfera de los procedimientos penales. En este sentido, su objetivo es explorar la relevancia de la edad de un sujeto para las determinaciones de la reprochabilidad de la conducta y/o estado mental de ese sujeto. En la medida en que la opinión de *J.D.B.* es una consecuencia lógica de los fallos de la Corte en *Roper* y *Graham*, nuestra tesis —que la edad de un acusado es relevante para las investigaciones objetivas de la reprochabilidad de su conducta y estado mental— no es cambio tan radical de la jurisprudencia de la Corte hasta la fecha. Al contrario, sigue directamente del análisis de proporcionalidad de la Octava Enmienda en esos casos.

122 Véase *supra*, nota 109 y texto acompañante. Como se observa arriba, *supra*, Sección I, la doctrina de la responsabilidad civil adoptó un estándar más bajo de razonabilidad para los niños mucho antes.

123 *Id.* en 2404.

124 *Id.* en 2403 (citando a *Stansbury v. California*, 511 U.S. 318, 325 (1994)).

125 *Id.* en 2403 (citando *Yarborough v. Alvarado*, 541 U.S. 652, 674 (2004) (Breyer, J., disconforme)).

126 *Id.* en 2403.

las características de la persona razonable que aparecen en el derecho común. La persona razonable posee calidades de suficiente atención, conocimiento, inteligencia, y juicio.¹²⁷ Al contrario, la opinión considera que los niños no tienen “experiencia, perspectiva o juicio”¹²⁸ y “sólo una capacidad incompleta de entender el mundo a su alrededor.”¹²⁹

Abajo, examinamos varias áreas específicas del derecho penal en las que una evaluación de la “razonabilidad” de la conducta del perpetrador o una evaluación de la forma en la que habría actuado una “persona razonable” bajo circunstancias parecidas impactan directamente sobre la responsabilidad penal. Sugerimos que revisar las cuestiones de razonabilidad o la conducta de la persona razonable desde la perspectiva del joven razonable conduciría a un análisis distinto de la responsabilidad de los menores en el derecho penal.

a. Defensas de Coacción [Duress]

El uso de la coacción como una defensa contra la responsabilidad penal es un ejemplo clave de cómo opiniones cambiantes sobre la adolescencia deberían apoyar el estándar de razonabilidad al que una corte —o un jurado— puede someter a un menor. Típicamente, un acusado criminal puede comprobar la coacción si una persona razonable habría sido “incapaz de resistir” la fuerza o amenazas que enfrentaba.¹³⁰ Históricamente las cortes han enfatizado la naturaleza objetiva de la investigación sobre la coacción:

[P]ara que triunfe una defensa de coacción contra la responsabilidad penal, la fuerza coercitiva de la amenaza debe ser suficiente para que una persona de firmeza *ordinaria* ceda. . . . Adicionalmente, no debe existir una alternativa legal *razonable* a la violación de la ley. . . . Estos requisitos establecen una prueba objetiva.¹³¹

Antes de *Roper, Graham, y J.D.B.*, el estado de la ley era que los acusados juveniles que querían recurrir a una defensa de coacción habrían tenido que responder a argumentos de que la juventud del acusado era —en el mejor de los casos— irrelevante para la investigación de la razonabilidad o, en el peor

127 RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 283 cmt. b (1965).

128 *J.D.B.*, 131 S. Ct. en 2403 (citando *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622, 635 (1979)).

129 *Id.* en 2403.

130 Véase, e.g., CONN. GEN. STAT. ANN. § 53a-14 (West 2011); N.Y. PENAL LAW § 40.00 (McKinney 2009). See also GA. CODE ANN. § 16-3-26 (2011); 21 AM. JUR. 2D Criminal Law § 142 (2011) (“La defensa de coacción existe cuando el acusado es coaccionado a participar en conducta ilegal por la amenaza o el uso de la fuerza física ilícita de tal grado que una persona de firmeza razonable no podría resistirse.”).

131 *United States v. Willis*, 38 F.3d 170, 176 (5th Cir. 1994) (citaciones omitidas). Véase también 21 AM. JUR. 2D Criminal Law § 142 (2011) (“Para justificar la defensa de coacción, el miedo del acusado que surge de la amenaza debe tener una base razonable, y no subjetiva. Los elementos de la defensa de coacción se dirigen al impacto de la amenaza sobre una persona razonable.”).

de los casos, que tomar en cuenta la edad distorsionaría la naturaleza objetiva de la investigación. Por ejemplo, en 2007, la Corte Suprema de Connecticut consideró si un tribunal de primera instancia debía instruir al jurado a que considerara la edad del acusado cuando evaluaba su defensa de coacción.¹³² El Juvenile Law Center presentó un escrito de *amicus curiae* para apoyar al acusado, argumentando que la ley de Connecticut, el derecho constitucional federal, y las investigaciones sobre el desarrollo de los adolescentes prescriben que se debía haber instruido al jurado en ese caso a que considerara la edad temprana del acusado —y el impacto asociado sobre su capacidad de tomar decisiones y la susceptibilidad a la presión de sus pares— para determinar si su uso de fuerza fue razonable.¹³³ La Corte rechazó esta posición, con el fundamento de que la legislatura ya había determinado que los jóvenes de dieciséis años debían ser tratados como adultos para los efectos de la responsabilidad penal. La Corte llegó a esta decisión después de una discusión sobre el componente objetivo de la defensa de coacción, lo que sugiere que requerir a los jurados que consideren la edad de un acusado corrompería esta objetividad.¹³⁴ Si el asunto llegara a la Corte nuevamente, la Corte tendría que luchar con las implicaciones de *J.D.B.*, en vez de simplemente aceptar el juicio de la legislatura.

En vista del pronunciamiento de *J.D.B.* de que “las cortes pueden tomar en cuenta [la] realidad [de que la edad de un niño afectaría cómo una persona razonable respondería a una situación dada] sin perjudicar la naturaleza objetiva del análisis de custodia,”¹³⁵ las cortes pueden tomar en cuenta la edad en casos de coacción sin ser criticados por convertir una prueba objetiva en una prueba subjetiva. Tal como ha demostrado la investigación y cómo lo ha reconocido la Corte Suprema,¹³⁶ dos características significativas hacen que sea más probable que los adolescentes “cedan” a presiones externas que lo que un adulto sería capaz de resistir: su capacidad limitada de toma de decisiones y su susceptibilidad a influencias externas.¹³⁷ Como estas características se aplican a los menores como un conjunto, los jurados deberían poder investigar si una persona razonable “de firmeza ordinaria”¹³⁸ y “de edad, inteligencia, y experiencia parecidas”¹³⁹ habría cedido a las presiones a las que un acusado dado sí habría cedido, sin privar a la prueba de su objetividad.

132 *State v. Heinemann*, 920 A.2d 278 (Conn. 2007).

133 Brief for Juvenile Law Ctr. & Nat’l Juvenile Defender Ctr. como Amici Curiae Supporting Defendant-Appellant at 2–3 (Connecticut law), 4–5 (federal constitutional law), 6–10 (adolescent development), *Heinemann*, 920 A.2d 278 (No. 17789), 2007 WL 4868300.

134 *Heinemann*, 920 A.2d at 301–05.

135 *J.D.B. v. North Carolina*, 131 S. Ct. 2394, 2397 (2011).

136 See *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 569 (2005); Brief for Am. Med. Ass’n et al., *supra* note 47, at 5–9.

137 *Estados Unidos v. Willis*, 38 F.3d 170, 176 (5th Cir. 1994).

138 *Id.*

139 RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 283A (1965).

b. Uso Justificado de la Fuerza

La defensa del uso justificado de la fuerza (autodefensa, defensa de los demás, defensa de la propiedad) está codificada de varias formas en distintas jurisdicciones, pero tales defensas invariablemente incorporan determinaciones de razonabilidad.¹⁴⁰ El tema de la razonabilidad entra en juego en la pregunta umbral de si era razonable que el acusado creyera que otra persona estaba usando o iba a usar fuerza física ilícita contra el acusado o un tercero.¹⁴¹ La razonabilidad también forma parte de las determinaciones de si el grado de fuerza usado para combatir la amenaza fue lícita: el uso de fuerza física se suele autorizar legalmente “en la medida en que [el acusado] razonablemente cree que es necesaria para defenderse o para defender a un tercero. . .”¹⁴²

Un hecho determinante en la evaluación de la defensa de un uso justificado de la fuerza primero debe identificar una creencia subjetiva de que existía una amenaza.¹⁴³ Una vez identificada, la pregunta es si la creencia subjetiva fue razonable. *J.D.B.* anunció de forma inequívoca que la edad es objetivamente relevante en la creencia de un joven razonable de que no estaba libre de irse.¹⁴⁴ Antes de este dictamen, los acusados menores se enfrentaban al mismo predicamento en el contexto de autodefensa que en el contexto de coacción: no contaban con un precedente autoritativo afirmando que la edad es relevante para determinar la razonabilidad de las creencias sostenidas subjetivamente.

Los mismos principios que llevaron a que la Corte en *J.D.B.* declarara que la edad es un factor que debe incluirse en un análisis objetivo de custodia también son relevantes en la cuestión de razonabilidad en este contexto. La Corte en *J.D.B.* reconoció sus propios hallazgos anteriores de que los adolescentes son más fáciles de intimidar y abrumarse por las técnicas de interrogación de la

140 Por ejemplo, el Code of Alabama establece que:

Una persona puede justificar su uso de fuerza física sobre otra persona para defenderse a sí misma o a un tercero de lo que cree razonablemente el uso o uso inminente de fuerza física ilícita por esa otra persona, y puede usar un grado de fuerza que cree razonablemente necesario para ese efecto.

ALA. CODE § 13A-3-23 (2012); véase también GA. CODE ANN. § 16-3-21 (2011) (“Una persona puede justificar la amenaza o el uso de fuerza contra otra cuando y en la medida en que él o ella cree razonablemente que tal amenaza o fuerza es necesaria para defenderse a sí mismo o a un tercero contra el uso de fuerza ilícita por ese otro. . .”).

141 Por ejemplo, vea el Derecho Penal de Nueva York sobre el uso de fuerza en la defensa de una persona:

Una persona puede, sujeta a las provisiones de la subdivisión dos, hacer uso de la fuerza física sobre otra persona siempre y en la medida que cree razonablemente que tal fuerza es necesaria para defenderse a sí mismo o a un tercero contra el uso o uso inminente de fuerza física ilícita por esa otra persona. . .

N.Y. PENAL LAW § 35.15(1) (McKinney 2009).

142 *Id.*

143 *People v. Goetz*, 497 N.E.2d 41, 52 (N.Y. 1986).

144 *J.D.B. v. North Carolina*, 131 S. Ct. 2394, 2404 (2011).

policía que los adultos.¹⁴⁵ Esta observación se extiende lógicamente más allá del contexto de la interrogación por la policía a otras situaciones coercitivas, como aquellas en las que hay una amenaza inminente de fuerza física. Como “los niños característicamente no tienen la capacidad de ejercer un juicio maduro y poseen sólo una capacidad incompleta de entender el mundo a su alrededor,”¹⁴⁶ evaluar la creencia subjetiva de un menor de que existe una amenaza comparado con el estándar de un *adulto* razonable no puede evaluar adecuadamente la culpabilidad de un menor en un contexto de autodefensa.

Esta lógica se aplica de igual manera al segundo elemento del análisis de autodefensa: la razonabilidad de la creencia del acusado de que el grado de fuerza para responder a la amenaza fue necesario. Los jóvenes se caracterizan por una capacidad subdesarrollada de evaluar riesgos y hacer elecciones sanas.¹⁴⁷ El uso del arquetipo de la persona (adulto) razonable para evaluar la creencia subjetiva de un joven de que el grado de fuerza usado fue necesario no toma en cuenta el hecho de que las capacidades cognitivas de los jóvenes todavía se están desarrollando. Castigar a un joven por no cumplir con un estándar de un adulto va en contra del espíritu del derecho penal —el de castigar sólo aquellos hechos acompañados por *mens rea*.¹⁴⁸ Esto no significa que todos los jóvenes son incapaces de responder a la amenaza a la que se enfrentan. Al contrario, el argumento es que cuando se evalúa el grado de fuerza usado por los jóvenes en un contexto de autodefensa, las personas que determinan las cuestiones de hecho deberían comparar las acciones del acusado juvenil con las de un joven razonable de edad, inteligencia y experiencia parecidas en circunstancias parecidas.

c. *Provocación*

Las investigaciones sobre el desarrollo enfocadas en la impulsividad y las capacidades de toma de decisión de los menores sugieren que la excusa parcial de provocación es otra área de la doctrina en la que un estándar de joven razonable debería aplicarse. La ley reconoce la provocación como una excusa parcial para el homicidio criminal que de otra manera constituiría asesinato.¹⁴⁹ La doctrina del *common law* requiere que el hecho de matar se cometa i) “bajo la influencia de la pasión. . . causada por una provocación adecuada o razonable,” y ii) “antes de que haya pasado el tiempo razonable para que la sangre se enfríe

145 Id. en 2403 (citando *Haley v. Ohio*, 332 U.S. 596, 599 (1948) (plurality opinion)); véase también *Gallegos v. Colorado*, 370 U.S. 49, 54 (1962) (declarando que “independiente de lo sofisticado que es,” un menor sometido a la interrogación por la policía “no se compara” con un sospechoso adulto).

146 J.D.B., 131 S. Ct. at 2397.

147 Véase *supra*, nota 50 y texto acompañante.

148 MODEL PENAL CODE § 2.02(2) (1962).

149 See, e.g., MODEL PENAL CODE § 210.3 (1962).

y para que la razón reasuma su control habitual.”¹⁵⁰ El “período de enfriamiento” exigido por la mayoría de las jurisdicciones está diseñado para asegurar que el hecho del homicidio fue “el resultado de la excitación temporaria, por la que se perturbó el control de la razón, y no por alguna maldad del corazón o crueldad.”¹⁵¹ El concepto de reprochabilidad que subyace al estándar juvenil razonable por eso también está en el centro de la doctrina de la provocación.¹⁵²

La doctrina de la provocación reconoce que los seres humanos son imperfectos y que la “pasión” o la “perturbación emocional extrema” pueden hacer que las personas que son en otras circunstancias razonables cometan hechos atroces. Como el Noveno Circuito ha observado, “este estándar no significa que las personas razonables maten, sino que se enfoca en el grado de pasión suficiente para reducir la capacidad del actor de controlar sus acciones.”¹⁵³ La noción de que hay una cuantía específica de pasión que es suficiente para excusar parcialmente una pérdida de control sobre las acciones propias es relevante para el estándar juvenil razonable. De hecho, el concepto de la capacidad limitada de los menores de controlar sus acciones se encuentra en el centro de las decisiones de *Roper* y *Graham*. Las investigaciones sobre el desarrollo adolescente confirman lo que cada padre sabe de los adolescentes: son menos capaces que los adultos de regular sus emociones y de controlar sus acciones. El informe del acusado en *Roper* dependía de estas investigaciones para demostrar que

150 *Maher v. People*, 10 Mich. 212, 218 (1862). Para otro ejemplo, vea *Allen v. State*:

El homicidio voluntario se define en NRS 200.050 y NRS 200.060 y consiste en el hecho de matar que es el resultado de un impulso de pasión repentina, violenta, e irresistible. La ley requiere que el impulso irresistible de pasión sea provocado por una lesión grave muy provocadora, o intento de lesión, suficiente como para excitar tal pasión en una persona razonable. Si hay un intervalo entre la provocación y el matar suficiente para que la pasión se enfríe y la voz de la razón se escuche, el matar se castigará como asesinato.

647 P.2d 389, 390–91 (Nev. 1982). Véase también *Walden v. State*:

El homicidio voluntario ocurre cuando una persona causa la muerte de otra bajo circunstancias que en otras podría ser asesinato, sólo si está actuando únicamente a consecuencia de una pasión repentina, violenta e irresistible causada por una provocación grave suficiente como para excitar la pasión en una persona razonable. Si hubiera un intervalo entre la provocación y el matar suficiente para que la voz de la razón y la humanidad se escuche (una cuestión que debe ser decidida por un jurado), el matar será castigado como asesinato.

491 S.E.2d 64, 66 (Ga. 1997) (citas omitidas).

151 *Maher*, 10 Mich. en 219.

152 See Harold Hall, Caroline Mee & Peter Bresciani, Extreme Mental or Emotional Disturbance (EMED), 23 U. HAW. L. REV. 431, 451 (2001) (“EMED (La perturbación mental o emocional grave) se deriva de la doctrina del derecho común del ‘calor de la pasión’ que se basa en la idea de que un actor era menos culpable si mató bajo circunstancias que podrían haber conducido a la ‘mayoría de las personas’ a la violencia.”).

153 *Estados Unidos v. Roston*, 986 F.2d 1287, 1294 (9th Cir. 1993) (Boochever, J., concurrente) (comentando un estándar de provocación establecido en las Instrucciones del Jurado Criminal Modelo para el Noveno Circuito).

los jóvenes que cometen delitos son —en algunos casos— menos culpables que los adultos:

[I]ncluso los adolescentes mayores son menos capaces que los adultos de controlar sus impulsos y de ejercer el autocontrol para evitar el comportamiento agresivo. El adolescente en desarrollo sólo puede descubrir el camino hacia el control plenamente desarrollado con la experiencia. Es probable que este proceso no se termine hasta muy tarde en los años de la adolescencia. . . [E]sperar que la capacidad de resistir los impulsos basada en la experiencia. . . se forme plenamente antes de la edad de dieciocho o diecinueve años parecería demasiado optimista con la evidencia actual.¹⁵⁴

Dado lo que sabemos del control limitado de los menores sobre sus impulsos, además de su documentada capacidad reducida para el razonamiento y juicio lógico y moral, está claro que aplicar un estándar de persona adulta razonable a un menor acusado de homicidio bajo condiciones de perturbación emocional extrema es como ajustar una clavija cuadrada en un agujero redondo. Por lo tanto, para que la doctrina de la provocación sea “consistente con la compasión de la ley con la flaqueza humana,”¹⁵⁵ debe aceptar el estándar del joven razonable que es un principio establecido en el derecho de responsabilidad civil y que la Corte sancionó efectivamente en *J.D.B.*

d. Homicidio Negligente

La conducta negligente es aquella que crea un riesgo previsible no justificado de causar daño.¹⁵⁶ Un riesgo es previsible si una persona razonable habría predicho el peligro inherente en la conducta.¹⁵⁷ Un riesgo previsible es injustificado si una persona razonable, considerando los efectos y peligros de la conducta en cuestión no habría actuado de la misma forma que el acusado.¹⁵⁸ Diseccionar los elementos de la negligencia de esta forma ilumina las formas en las que un estándar del joven razonable es una aproximación más justa para evaluar la conducta de los jóvenes.

154 Brief for Responent at 19, *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) (No. 03-633) (citas omitidas) (comillas internas omitidas), 2004 WL 1947812.

155 KADISH, *supra* nota 26, en 421 (citando *D.P.P. v. Camplin*, (1978) A.C. 705 (H.L.)) (que dictamina que se debe instruir al jurado en el caso del acusado de quince años “que el estándar de auto-control que se debe exigir a una persona (el ‘hombre razonable’) es el de una persona del sexo y la edad del acusado. La corte justificó la aclaración sobre la edad afirmando que ‘exigir cabezas maduras sobre hombros jóvenes es inconsistente con la compasión que debe tener la ley de la debilidad humana.’”).

156 JOSHUA DRESSLER, *UNDERSTANDING THE CRIMINAL LAW* 546 (5th ed. 2009). Véase también *supra*, Sección II.B.

157 Véase DRESSLER, *supra*, nota 156, en 131.

158 Véase *id.* en 546.

El estándar de la persona razonable está en el centro del concepto de previsibilidad. Si un riesgo inherente a una actividad no es previsible, entonces no hay nada irrazonable —y por lo tanto, nada reprochable— si una persona no percibe ese riesgo o no cambia su conducta debido al riesgo. Por el contrario, la ley está dirigida a aquellos actores que siguen incurriendo en cierta conducta a pesar del hecho de que los riesgos presentes son tales que la sociedad exige que sean conscientes de esos riesgos.

Las investigaciones sobre el desarrollo de los adolescentes que respaldaban los argumentos del acusado en *Roper* responden directamente a la pregunta de la capacidad de los menores de percibir y evaluar los riesgos.¹⁵⁹ La región del cerebro asociado con el control de impulsos, la evaluación de riesgos y el razonamiento moral —la corteza pre-frontal— es “inmadura estructuralmente” hasta el final de la adolescencia.¹⁶⁰ En consecuencia, los menores son “incapaces de percibir y sopesar los riesgos y los beneficios de forma precisa.”¹⁶¹ Por lo tanto, los menores como grupo no sólo son menos capaces de prever el peligro inherente de su conducta, sino que su capacidad de discernir si un riesgo es justificado también está reducida.

Estos fallos se relacionan directamente con el tema de la culpabilidad, un vínculo plenamente reconocido por la Corte en *Roper*.¹⁶² Exigir que se use un estándar del joven razonable para evaluar las acciones de los acusados juveniles permitiría que los jurados evalúen de forma más honesta la culpabilidad de los acusados menores. En vez de investigar si el riesgo fue previsible para el adulto razonable, los jurados deberían determinar qué es lo que se espera de “jóvenes razonables de la edad, inteligencia, y experiencia del acusado” bajo circunstancias parecidas.¹⁶³ Cualquier otra cosa —según los *amici* de *Roper*— sería “responsabilizar a los menores no sólo de sus acciones, sino de la inmadurez de su anatomía neural y de su desarrollo psicológico.”¹⁶⁴

e. Asesinato Perpetrado Durante un Delito [Felony Murder]

La doctrina del asesinato perpetrado durante un delito somete a los acusados a responsabilidad penal por asesinato si meramente participaron en un delito en el que alguien fue asesinado.¹⁶⁵ Para ser declarado culpable de asesinato

159 Véase Brief for Am. Med. Ass’n et al., supra nota 47, en 16.

160 Id.

161 Id. en 6 (“No es que los adolescentes no hagan un análisis de costo-beneficio; sino que lo hacen de forma sesgada, lo que resulta en malas decisiones.”).

162 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 571 (2005) (“Una vez que la culpabilidad reducida de los menores se reconoce, es evidente que las justificaciones penológicas. . . de la pena de muerte se aplican menos a los menores que a los adultos.”).

163 RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 283A cmt. b (1965).

164 Escrito para el Am. Med. Ass’n et al., supra, nota 47, en 22.

165 Véase, e.g., COLO. REV. STAT. § 18-3-102(1)(b) (2011); ME. REV. STAT. ANN. tit. 17-A § 202 (2011).

perpetrado durante un delito, no es necesario que el acusado haya tenido la intención de que alguien muriera o haber perpetrado el asesinato él mismo.¹⁶⁶ Esta doctrina muchas veces se justifica por una teoría de la “intencionalidad transferida”, en la que la intención del acusado de perpetrar el delito subyacente es suficiente para establecer la intención de asesinar, ya que una “persona razonable” sabría que la muerte es un posible resultado de sus actividades delictuales.¹⁶⁷ Las leyes sobre el asesinato perpetrado durante un delito generalmente no incorporan el concepto de razonabilidad —estas leyes surgen de las determinaciones de las legislaturas de que un individuo que elige participar en la perpetración de un delito al hacerlo se somete a una responsabilidad estricta de los resultados de sus acciones y de sus cómplices, independiente de si tenía la intención específica de que resultara una muerte o pudiera prever subjetivamente el riesgo de muerte.¹⁶⁸

Los delitos enumerados en las leyes sobre el asesinato perpetrado durante el delito —típicamente, delitos violentos como asesinato, robo, hurto, secuestro, incendio premeditado, asalto sexual obsceno, etc.¹⁶⁹— son considerados tan peligrosos, que una persona razonable prevería —o debería prever— el riesgo asociado de muerte.¹⁷⁰ Como sugiere nuestra discusión sobre el estándar del joven razonable, no es apropiado que un estándar basado en un adulto razonable hipotético se aplique a los menores, cuya capacidad reducida de percibir y evaluar los riesgos está bien establecida y reconocida por la Corte Suprema.¹⁷¹ Sin embargo, como la teoría de la intencionalidad transferida elimina la necesidad de que los jurados lleguen a un fallo sobre la previsibilidad de la muerte, las leyes sobre asesinato perpetrado durante un delito no permiten que las personas que determinan cuestiones de hecho consideraren las diferencias cognitivas de los menores. Por lo tanto, los fallos de culpabilidad bajo las leyes de asesinato perpetrado durante un delito no reflejan apropiadamente la culpabilidad reducida de los acusados jóvenes.

166 Véase, e.g., COLO. REV. STAT. § 18-3-102(1)(b) (2011); ME. REV. STAT. ANN. tit. 17-A § 202 (2011).

167 Véase, e.g., *Commonwealth v. Legg*, 417 A.2d 1152, 1154 (Pa. 1980) (que falló que fue correcto transferir una intención de perpetrar un delito a una intención de asesinar porque “el actor participó en un delito tan peligroso a la vida humana . . . [que] el actor, según un estándar de hombre razonable, sabía o debería haber sabido que la muerte podría resultar del delito.” (énfasis agregado) (cita omitida)).

168 Véase, e.g., *Lowe v. State*, 2 So. 3d 21, 46 (Fla. 2008) (“[E]l asesinato perpetrado durante un delito es una excepción a la regla general que afirma que el asesinato es homicidio con la intención específica de malicia premeditada. Según la regla de asesinato perpetrado durante un delito, el estado mental es irrelevante. Incluso la muerte accidental que ocurre durante un delito es considerada asesinato.” (citando *Adams v. State*, 341 So. 2d 765, 767–68 (Fla. 1976))).

169 Véase, e.g., COLO. REV. STAT. § 18-3-102(1)(b) (2011); ME. REV. STAT. ANN. tit. 17-A § 202 (2011).

170 Véase, e.g., *Legg*, 417 A.2d en 1154 (Pa. 1980).

171 Véase *J.D.B. v. North Carolina*, 131 S. Ct. 2394, 2397 (2011); *Graham v. Florida*, 130 S. Ct. 2011, 2032 (2010); *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 569 (2005); *Scott, Reppucci & Woolard*, supra, nota 53, en 230–31.

En 2010, el Juvenile Law Center, en conjunto con la Defender Association de Filadelfia y los profesores de la Facultad de Derecho Beasley de la Temple University, la Facultad de Derecho de Boston University, y la Facultad de Derecho de la University of San Francisco, presentaron una solicitud de mitigación post-condena en la Court of Common Pleas (Tribunal de Primera Instancia) del Condado de Montgomery (Pennsylvania) en nombre de Aaron Phillips.¹⁷² La solicitud desafió una sentencia de prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional que el Sr. Phillips recibió por una condena de asesinato cometido durante un delito.¹⁷³ En el momento del delito, el Sr. Phillips tenía diecisiete años.¹⁷⁴ Participó en un robo no armado tipo¹⁷⁵ “lanzazo” [snatch-and-grab] que causó la muerte de la víctima dieciocho días después debido a complicaciones médicas. El Juvenile Law Center argumentó, entre otros puntos, que la ley de asesinato perpetrado durante un robo de segundo grado de Pennsylvania es inconstitucional cuando se aplica a los menores:

[Los menores son] diferentes en términos de desarrollo de la “persona razonable” adulta de formas constitucionalmente relevantes. . . [L]as principales justificaciones para la regla del asesinato perpetrado durante un delito —prevención y retribución— no son aptas para los menores quienes, “sin la previsión y el juicio de adultos plenamente competentes, son propensos a tomar decisiones sin la deliberación cuidadosa, y no entienden plenamente las consecuencias de sus acciones.” Por lo tanto, en el caso de un menor, no es apropiado inferir una intención maliciosa de perpetrar un asesinato simplemente por la participación del menor en el delito subyacente. Esta afirmación es aún más certera para los menores como el Sr. Phillips cuya participación se limitó al involucramiento en un robo no armado en el que la víctima se murió por complicaciones médicas imprevisibles.¹⁷⁶

Debido a este defecto en la elaboración de las leyes de asesinato cometido durante un delito, la solución de este problema no es tan fácil como exigir que las personas que determinan cuestiones de hecho incorporen la edad en su análisis de razonabilidad. Eliminarla requerirá soluciones creativas —o bien por los jueces de las causas o las legislaturas. En las jurisdicciones donde existen esquemas de condenas obligatorias, los abogados deben considerar soluciones legislativas como una presunción refutable de previsibilidad o la de exigir una conclusión explícita de previsibilidad. Se instruiría a los jurados que consideran la responsabilidad de un acusado por una muerte que ocurrió como resultado de su participación en un delito a que tomen en cuenta la edad del acusado

172 Brief for Appellant at 5, *Pennsylvania v. Phillips*, 32 A.3d 835 (Pa. Super. Ct. 2010) (No. 3427 EDA 2010), 2011 WL 4611095, petition for allowance to appeal denied, 34 A.3d 829 (Pa. 2011).

173 *Id.* en 4–5.

174 *Id.* en 4.

175 *Id.* en 6–7.

176 *Id.* en 38–39 (citaciones omitidas).

al determinar si la muerte fue o debería haber sido razonablemente previsible. Aaron Phillips sugirió esta solución a la Common Pleas Court en su enmienda suplementaria *pro se* a nuestra solicitud de remedio después de la condena:

Se puede argumentar que si la ley en . . . cuestión. . . sobrevive la revisión constitucional de su aplicación a . . . menores ofensores, debería existir una refutable antes que una concluyente presunción obligatoria sobre *mens rea*. . . la cual es automáticamente presumida considerando sólo la comisión del delito subyacente. . . . Aunque es posible que esta presunción irrefutable obligatoria supere el escrutinio constitucional al ser aplicada a un adulto, no es así cuando se aplica a un niño.¹⁷⁷

Someter a los acusados jóvenes al estándar de razonabilidad adulta en el contexto de asesinato perpetrado durante un delito no toma en cuenta adecuadamente su nivel real de culpabilidad. Como tal, la aplicación estricta de la doctrina de asesinato perpetrado durante un delito a los acusados menores ignora las decisiones claves de *Roper*, *Graham* y *J.D.B.*

VII. CONCLUSIÓN

Como estableció la Corte Suprema en *J.D.B.*, la no adopción de una prueba o medida de razonabilidad o de persona razonable que tome en cuenta las características establecidas de la juventud “sería negar a los niños el pleno alcance” de las salvaguardas establecidas por las defensas del derecho penal y otras consideraciones mitigadoras que tiene la intención de proveer.¹⁷⁸ Para los jóvenes procesados como adultos en el sistema de justicia penal, esta pregunta no puede ser evitada. El amplio reconocimiento de la Corte Suprema de que los jóvenes son diferentes descarta un tratamiento uniforme a los acusados menores y adultos en asuntos en los que el conocimiento, juicio o estado mental de los jóvenes son un reflejo de su estado de desarrollo distinguiéndolos de los adultos de forma legal y constitucionalmente relevantes. En el sistema de justicia juvenil, las cortes también deben reconocer las características relevantes de la juventud cuando deciden sobre cuestiones tan fundamentales como el alcance de la reprochabilidad de un niño, la voluntariedad de su confesión, la razonabilidad de su creencia de que estaba amenazado por o sometido a la fuerza, o la razonabilidad de su creencia de que no podría desvincularse de sus pares o de las circunstancias que lo condujeron a su conducta criminal.

En *J.D.B.*, la Corte Suprema reconoció que nuestro derecho civil ya “‘reconoce la idea de que la niñez de una persona es una circunstancia relevante’ que debe ser considerada.”¹⁷⁹ En conjunto, *J.D.B.*, *Roper* y *Graham* respaldan

¹⁷⁷ Supplemental Ammendment to Pending PCRA Petition at 2, *Pennsylvania v. Phillips*, No. CP-46-CR-0025720-1986 (Pa. Sup. Ct. 16 de Ago., 2010).

¹⁷⁸ *J.D.B. v. North Carolina*, 131 S. Ct. 2394, 2408 (2011).

¹⁷⁹ *Id.* en 2404 (cita omitida).

la extensión de este principio al derecho penal, en el que las características personales deben ser consideradas tanto para efectos de mitigación como de culpabilidad. Como detalla este artículo, el requisito de *J.D.B.* de que la edad sea considerada en el análisis de custodia bajo *Miranda* respalda la inclusión de la juventud como una consideración relevante en otras partes del sistema de justicia. Como observó la Corte: “El Estado y sus *amici* ofrecen varias razones por las que las cortes deberían ignorar la edad de un acusado juvenil. Ninguna nos persuade.”¹⁸⁰

180 *Id.* en 2406.

V. Influencia de los avances en neurociencias en las decisiones judiciales en el derecho penal juvenil

EZEQUIEL MERCURIO N.¹

Los avances que se vienen produciendo en la tecnología médica, específicamente en áreas relacionadas con la genética y el desarrollo de modernas técnicas de imagen cerebral ha revolucionado el conocimiento científico de las últimas décadas.

En esta línea la década de 1990 fue declarada por Bush como "La Década del Cerebro"². Eric Kandel ganador del premio Nobel en medicina del año 2000³ señala que es probable que el conocimiento del cerebro sea en el siglo XXI lo que el estudio de los genes ha sido en el siglo XX⁴ y lo que en el siglo XIX fue el conocimiento de la célula. Este mayor conocimiento sobre cómo es el funcionamiento del cerebro humano ha comenzado a impactar en diferentes disciplinas, tales la filosofía, el marketing, la economía y el derecho. La influencia de las neurociencias en estas disciplinas ha revitalizado con nuevos argumentos viejas discusiones, sobre algunas actividades esencialmente humanas, como el libre albedrío, la influencia de las emociones en la toma de decisiones, la em-

-
- 1 Médico. Magíster en Criminología y Ciencias Forenses. Especialista en Medicina Legal y Psiquiatría. Autor de: *Cerebro y adolescencia. Implicancias Jurídico Penales*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2012 y *Neurociencias y Derecho Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Santiago, 2013.
 - 2 President George H. W. Bush, Proclamation, "Decade of the Brain, 1990-2000, Proclamation 6158," Federal Register 55, n. 140 (1990): 29553.
 - 3 Disponible en http://nobelprize.org/nobel_prizes/medicine/laureates/2000/# consultado el 29 de diciembre de 2013.
 - 4 En 1962 Watson, Crick, Wilkins recibieron el premio Nóbel como reconocimiento a sus trabajos en el conocimiento del ADN. Disponible en http://nobelprize.org/nobel_prizes/medicine/laureates/1962/press.html consultado el 29 de diciembre de 2013.

patía, creando así verdaderas interdisciplinas como la neuroética⁵, el neuro-marketing⁶, y la neuroeconomía⁷, por ejemplo. Por su parte, el derecho no ha sido ajeno a este impacto, y en la actualidad es posible hablar sobre el *Neuroderecho* (*NeuroLaw*, del idioma anglosajón) a partir de las transformaciones y aportes de las neurociencias. El importante crecimiento de esta naciente disciplina conformada por un trabajo inter y transdisciplinario, puede verse en aumento exponencial de publicaciones, investigaciones, conferencias⁸ y asociaciones en la última década⁹. Diferentes libros dedicados a la ciencia de cerebro y su relación del penal se han publicado en los últimos tiempos^{10 11 12 13}.

A modo de ejemplo puede señalarse que la Fundación Mc Arthur donó en octubre de 2007, 10 millones de dólares para el desarrollo de un programa interdisciplinario denominado "*Law and Neuroscience Project*"¹⁴. Del proyecto participan destacadas instituciones universitarias de los EE.UU., investigadores en neurociencias, penalistas, filósofos y psicólogos. Algunos de los tópicos de dicho proyecto son la imputabilidad penal, el crecimiento y desarrollo cerebral de los adolescentes, las adicciones, detección de mentiras a través del uso de neuroimágenes, toma de decisiones morales, predicción de conductas violentas, entre otros temas relacionados con el derecho penal y las neurociencias.

El impacto de las investigaciones en neurociencias sobre la conducta, la maduración y crecimiento del cerebro adolescente en el derecho ha sido importante tal como se desarrollará en el presente. En esta línea, y a modo de ejemplo puede señalarse el proyecto del Centro para el Cerebro, el Derecho y la Conducta que se desarrolla en el Hospital General de Massachusetts¹⁵ con la participación de importantes investigadores de diferentes Facultades la Universidad de Harvard, como por ejemplo la Facultad de Derecho, Medicina y Psicología. Dicho proyecto engloba diferentes temáticas relacionadas con el derecho y las neurociencias, tal como se ha mencionado en el párrafo previo, una de ellas sobre la justicia juvenil y el cerebro adolescente.

-
- 5 Evers, K. (2010). *Neuroética. Cuando la materia se despierta*. Buenos Aires: Katz.
 - 6 Javor A, Koller M, Lee N, Chamberlain L, Ransmayr G. [Neuromarketing and consumer neuroscience: contributions to neurology](#). BMC Neurol. 2013 Feb 6;13:13.
 - 7 Declerck CH, Boone C, Emonds G. When do people cooperate? The neuroeconomics of prosocial decision making. *Brain Cogn*. 2013 Feb; 81(1):95-117.
 - 8 "[Juvenile Justice & the Adolescent Brain: Is Healthy Neurodevelopment a Civil Right?](#)" – Thursday, March 12, 2015. Joseph B. Martin Conference Center of Harvard Medical School.
 - 9 Jones, O., Marois, R., Farah, M., y col. Law and Neuroscience. *The Journal of Neuroscience*, 6 November 2013, 33(45):17624-17630.
 - 10 Vincent, N. *Neuroscience and Legal Responsibility*. Oxford University Press, 2013.
 - 11 Morse, S., Roskies, A. *A Primer on Criminal Law and Neuroscience*. Oxford University Press, 2013.
 - 12 Demetrio Crespo, E. *Neurociencias y Derecho Penal*. Buenos Aires: Edisofer, 2013.
 - 13 Jones, O., Schall, J., Shen, J. *Law and Neuroscience*. New York: Aspen, 2014.
 - 14 Para mayor información sobre el proyecto www.lawneuro.org/
 - 15 Para mayor información sobre el proyecto <http://clbb.mgh.harvard.edu/juvenile-justice/>

Los interrogantes sobre a qué edad se debe castigar a un adolescente que infringió la ley, si debe ser castigado y cómo debe hacerse, si debe realizarse en forma diferenciada a la de un adulto, y sobre todo cuáles son las edades límites de ingreso para un sistema penal diferenciado, son importantes temas de discusión con diferentes argumentos y perspectivas, tanto sociales, filosóficas, éticas, científicas, que necesariamente requieren confluir en situaciones concretas y prácticas.

La comprensión sobre cómo se comportan los adolescentes, que mecanismos neurobiológicos explican sus conductas, puede contribuir a transformar la forma en que el derecho penal responde frente a los jóvenes infractores. Así, tal como se desarrollará en el presente las neurociencias, han modificado no sólo la política criminal de la justicia adolescente en EE.UU sino que también han influenciado en cambios concretos sobre las prácticas de privación de libertad en los jóvenes.

No se trata de una cuestión menor si se tiene en cuenta que en EE.UU. al año 2012, eran 2500 los jóvenes infractores condenados a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional, que al momento de los hechos eran menores de 18 años¹⁶, situación en franca contradicción con los estándares internacionales en derechos de la niñez y adolescencia.

El interés sobre el cerebro adolescente no sólo puede hallarse en publicaciones científicas especializadas sino que también ha atraído la atención del público en general, como los muestran diferentes artículos de difusión en importantes medios de comunicación, tales como la nota principal de la edición en español de octubre de 2011 de la revista National Geographic, “Hermoso Cerebros”, o más recientemente “Friends can be dangerous” publicada el 25 de abril de 2014, o “Why teenagers act crazy”, publicada el 28 de junio de 2014, ambas en el prestigioso New York Times.

El término adolescencia generalmente se utiliza para demarcar el período de transición entre la niñez y la adultez. Se trata de un período sumamente complejo y dinámico desde el punto de vista biológico, ya que es un momento clave en la maduración y el crecimiento. En dicho período se produce la pubertad, período de importantes cambios hormonales, que repercuten en la maduración y el crecimiento. Algunos investigadores señalan que la adolescencia se extiende entre los 10 y los 24 años, y que puede dividirse en diferentes períodos, con características propias en términos de desarrollo físico, cognitivo, emocional y social¹⁷.

Las sociedades históricamente han construido límites de edad legales para realizar diferentes actividades de la vida social y comunitaria, como votar, beber alcohol, manejar, dar consentimiento para procedimientos médicos, ingresar al

16 Elias, P. Many question life sentences for juveniles. USA Today [online], <http://usatoday30.usatoday.com/news/nation/story/2012-08-18/juvenile-life-sentences/57130414/1> (18 Aug 2012).

17 Gavin L, MacKay AP, Brown K, et al; Centers for Disease Control and Prevention (CDC). Sexual and reproductive health of persons aged 10–24 years – United States, 2002–2007. MMWR Surveill Summ. 2009;58 (6):1–58.

servicio militar, o para celebrar contratos por ejemplo. En muchos países la mayoría de edad se alcanza al cumplir los 18 años. Sin embargo, no todas las actividades de la vida en comunidad requieren alcanzar dicha edad. Por ejemplo, en EEUU, se generan situaciones que a priori se presentan como inconsistentes, se puede conducir a los 16 años, pero sólo a partir de los 21 beber alcohol y a partir de los 12 años puede recibir la misma condena que un adulto.

En Chile y Argentina, se alcanza la mayoría de edad a los 18 años. Sin embargo, en Chile, es posible obtener un registro de conducir a los 17 años, y en Argentina a los 16 años. En Argentina, se aprobó recientemente la ley que permite el voto voluntario a partir de los 16 años¹⁸. En esta misma línea, el recientemente modificado Código Civil Argentino, propone con relación a los adolescentes el método de las capacidades progresivas para tomar decisiones.

En tal sentido, propone este método para determinadas decisiones que atañen a su propio cuerpo y dependiendo del riesgo para la vida o para la integridad. Diferencia entre los adolescentes entre 13 y 16 años¹⁹, y señala que a partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo²⁰.

Los jóvenes y adolescentes se comportan de manera diferente a la de los adultos y los nuevos avances en investigación neurocientífica echan un manto de luz sobre el porqué de dichas diferencias.

Desde el punto de vista científico, las investigaciones sobre el desarrollo del cerebro adolescente no permite dar respuesta a qué edad se requiere para los diferentes propósitos jurídico, pero sí permite reflexionar sobre qué se conoce sobre el crecimiento y la maduración de los adolescentes.

En esta línea debe señalarse que el abordaje de la compleja problemática sobre los jóvenes infractores ley requiere de intervenciones interdisciplinarias, que

18 Ley 26774.

19 Artículo 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

20 Art. 26 Código Civil y Comercial de la República Argentina, Ley 26994, promulgada el 7 de octubre de 2014.

permitan un diagnóstico preciso sobre las causas de la criminalidad adolescente y poder así diseñar políticas de prevención. El estudio de la maduración cerebral aporta una nueva lectura de esta problemática. Desde antaño el sistema jurídico ha tomado en cuenta estas diferencias íntimamente relacionadas con la maduración afectiva y espiritual.

La adolescencia por definición se trata de una etapa evolutiva compleja, donde confluyen factores sociales, culturales, biológicos, psicológicos. El proceso de individualización conlleva conductas de oposición y diferenciación de los adultos, empero cuando estas conductas persisten a lo largo del tiempo y conllevan a problemas o alteraciones sociales, escolares y familiares requieren una observación detenida.

La maduración del cerebro adolescente se encuentra influenciada por la heredabilidad, los factores prenatales y postnatales, el estatus nutricional, los patrones de sueño, la farmacoterapia, etc. Asimismo, el estrés físico, psíquico, emocional, económico, el abuso de drogas (cafeína, nicotina y alcohol), las hormonas sexuales, como los estrógenos, progesterona, y testosterona, pueden influir en el crecimiento y maduración del cerebro adolescente. Los estudios de neuroimagen cerebral, señalan que los neurocircuitos y la mielogénesis, continúa en construcción durante la adolescencia, ya que estos eventos se encuentran regulados por las hormonas sexuales, que crecen muy especialmente durante la pubertad.

Las investigaciones sobre la conducta, la morfología, la neuroquímica, señalan que el cerebro continúa en construcción durante la adolescencia. Teniendo en cuenta la vulnerabilidad del cerebro en crecimiento, es que el estatus nutricional resulta de vital importancia durante los primeros años de vida. Es por ello que la desnutrición durante los primeros años de vida afecta el crecimiento del cerebro y desarrollo intelectual²¹

Así la adolescencia suele ser el momento de comienzo de experimentación con drogas y alcohol, el inicio de las relaciones sexuales, la conducción de automóviles y motos, etc. En esta etapa la presión de los pares suele cobrar una gran importancia en este tipo de conductas y la forma en que estas se presentan^{22 23}.

21 Leiva Plaza, B., et al (2001) Algunas consideraciones sobre el impacto de la desnutrición en el desarrollo cerebral, inteligencia y rendimiento escolar. Archivos latinoamericanos de nutrición. 51(1): 64-71.

22 Currie C et al (eds.) (2004) Young People's Health in Context: international report from the HBSC 2001/02 survey, (Health Policy for Children and Adolescents, No.4). WHO Regional Office for Europe, Copenhagen.

23 Prinstein, Mitchell J.; Brechwald, Whitney A.; Cohen, Geoffrey L. (2011). Susceptibility to peer influence: Using a performance-based measure to identify adolescent males at heightened risk for deviant peer socialization. *Developmental Psychology*, 47(4), 1167-1172.

Son múltiples los estudios que han señalado la importancia de los pares y los grupos de pertenencia en el inicio del consumo de alcohol y drogas^{24 25}.

El comportamiento de los adolescentes suelen ser más impulsivo, toman decisiones de forma diferente a la de los adultos, sobrevalorando los beneficios a corto plazo por sobre las consecuencias a largo plazo de sus acciones, lo que los predispone a conductas de riesgo²⁶. Asimismo, en la búsqueda de la aceptación de su grupo de pertenencia son más susceptibles a la presión de sus pares, son más sensibles al estrés, su afectividad es más inestable, presentan baja tolerancia a la frustración, y una importante reactividad emocional, con disminución de la capacidad de regulación. En otras palabras, no tienen el mismo grado de madurez emocional que un adulto.

Se diferencian así, dos tipos de cogniciones en los adolescentes, una “fría” y otra “caliente”. Mientras en la primera se trata de situaciones y decisiones que no requieren rapidez y que pueden ser consultadas con otros, la segunda se trata de situaciones donde las emociones se encuentran aumentadas, con mayor presión del tiempo, o potencialmente mayor coerción social –presión de los pares-. Así, dependiendo de la situación y de la decisión a tomar los adolescentes responde de manera diferente, mientras que para situaciones en donde se pone en juego la cognición fría, es posible que la madurez alcanzada a los 16 sea suficiente. Sin embargo, para aquellas situaciones donde entra en escena la cognición caliente, apremiante, parecería que el cerebro de los adolescentes sería menos maduro que el de un adulto, es decir que los 18 a 21 años, sería un punto de referencia para estas situaciones. Esta distinción se relaciona con la maduración y crecimiento de la región anterior del cerebro, la corteza prefrontal, que generalmente finaliza su maduración a los 21 años.

¿Qué actividades se encuentran englobadas dentro de la cognición fría? Dicha cognición es importante para el voto, el consentimiento informado para determinada intervención o tratamiento médico o para participar de un estudio científico, la competencia para estar en un juicio penal. Se trata de situaciones y decisiones en donde la presión del tiempo y del grupo de pares parecería no tener mayor influencia, ya que los adolescentes pueden reunir argumentos a favor y en contra, pueden consultar a asesores, como padres, médicos o abogados. En esta línea, uno de los temas complejos es el de la edad de acceso de los adolescentes a los métodos anticonceptivos, sin necesidad de la participación de sus padres en tales decisiones. Tanto en Chile como en Argentina, ambas legislaciones son similares y marcan el límite de los 14 años.

24 [Dishion TJ](#), [Tipsord JM](#) (2011). Peer contagion in child and adolescent social and emotional development. *Annu Rev Psychol*; 62: 189-214.

25 [Trucco EM](#), [Colder CR](#), [Wieczorek WF](#). (2011). Vulnerability to peer influence: a moderated mediation study of early adolescent alcohol use initiation. *Addict Behav*;36(7):729-36.

26 [Pfeifer JH](#), [Masten CL](#), [Moore WE 3rd](#), [Oswald TM](#), [Mazziotta JC](#), [Iacoboni M](#), [Dapretto M](#). (2011). Entering adolescence: resistance to peer influence, risky behavior, and neural changes in emotion reactivity. *Neuron*. 10; 69(5):1029-36.

En otros países donde se encuentra legalizado el aborto, la cuestión de la edad de acceso a dicha práctica también se ha puesto en discusión.

En esta línea, y siguiendo las capacidades progresivas, para las decisiones como votar, prestar consentimiento para prácticas médicas, por ejemplo, los 16 años podría ser un límite razonable si uno tiene en cuenta el tipo de decisión y la maduración alcanzada. Sin embargo, para actividades donde el tiempo y la presión de los pares si se pone en juego, como beber alcohol, manejar, o la responsabilidad penal, requieren de una capacidad diferenciada en términos de maduración cognitiva, es decir maduración de la corteza prefrontal. Así, en estas circunstancias donde los adolescentes se encuentran sometidos a mayor estrés, mayor presión de sus pares, es donde suelen tener un rendimiento cognitivo diferente al de los adultos, focalizan en las ganancias a corto plazo por sobre las consecuencias negativas a largo plazo, presentando mayor sensibilidad a la recompensa. Es en estas situaciones donde las decisiones de los adolescentes es más impulsiva, más arriesgada, se vuelven miopes hacia el futuro en comparación con los adultos. Es por ello que resulta recomendable los 18 años como la edad legal para conducir, tomar alcohol o el límite para el ingreso a un sistema penal de adultos.

La violencia, al igual que otro tipo de comportamientos, se expresa con mayor intensidad en la adolescencia y en los primeros años de la vida adulta²⁷. Es por ello que la violencia entre los jóvenes se ha transformado en un problema de salud pública, tal como se ha señalado anteriormente. En Estados Unidos (EE. UU), el 72% de la muertes de los niños y jóvenes entre 10 y 24 años se debe a cuatro causas: accidentes de tránsito (33%), otras causas no intencionales (15%), homicidio (15%), y suicidio (12%)²⁸. En esta línea, en EEUU, la tasa de homicidios entre jóvenes de 15 a 19 años aumentó un 154% en el período 1985-1991²⁹ y ocupan la segunda causa de muerte entre los jóvenes de 15-24 años entre 1999 y 2007³⁰. El 45% de los jóvenes encuestados en 35 países por la Organización Mundial de la Salud, señaló que en el último año debió concurrir a un servicio de emergencia como consecuencia de lesiones físicas³¹.

27 Dahlberg LL, Potter LB. Youth violence: developmental pathways and prevention challenges. *American Journal of Preventive Medicine*, 2001, 20(1S):3-14 en Organización Mundial de la Salud. Informe mundial sobre la violencia y la salud. Washington, 2002.

28 CDC, NCHS. Public use data file and documentation: multiple cause of death for ICD-10 2005 data en Danice K. Eaton. *Youth Risk Behavior Surveillance --- United States, 2007 Surveillance Summaries* June 6, 2008 / 57(SS04); 1-131.

29 Dahlberg LL. Youth Violence in the United States: Major Trends, Risk Factors, and Prevention Approaches. *Am J Prev Med*. 1998 May; 14(4):259-72 en Organización Mundial de la Salud. Informe mundial sobre la violencia y la salud. Washington, 2002.

30 <http://webappa.cdc.gov/sasweb/ncipc/leadcaus10.html> consultado el 10 de agosto de 2011.

31 Currie C et al (eds.) (2004) *Young People's Health in Context: international report from the HBSC 2001/02 survey*, (Health Policy for Children and Adolescents, No.4). WHO Regional Office for Europe, Copenhagen. Capítulo 3.

Por todo lo expuesto, será objeto del presente, analizar el impacto de las investigaciones en neurociencias en las decisiones judiciales en el derecho penal juvenil, específicamente la culpabilidad disminuida de los adolescentes a partir de las modificaciones en las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos³² y describir los avances sobre la neurociencia del cerebro adolescente. No se trata de reducir la complejidad de los problemas de la adolescencia en términos de mecanismos neurobiológicos, o de funcionamiento cerebral. En la actualidad las investigaciones básicas se encuentran trabajando en conjunto y a la par de las investigaciones clínicas, y de las ciencias sociales. Es decir, el mayor conocimiento sobre el funcionamiento del cerebro no implica despreciar la influencia de lo social, cultural y familiar, sino de conocer y comprender la interrelación entre dichas influencias y el desarrollo biológico. Se trata de desarrollar políticas a partir de investigaciones interdisciplinarias con objetivos en la intervención temprana y la prevención.

Aproximación estadística al problema del delito juvenil. La situación argentina y chilena

En la década de 1990 la cantidad de delitos en Argentina sufrió un incremento significativo: de 560.240 en 1990 a 1.062.241 en 1999³³. Los delitos más denunciados fueron contra la propiedad, hurtos y robos. Por su parte, los delitos contra las personas pasaron de representar un 14 % a un 17%. Entre 1999 y 2009 también se vio un incremento del delito (1.310.997).

Por el tipo de delito, el homicidio es el que permite, desde el punto de vista estadístico, realizar comparaciones entre países. Según estudios de las Naciones Unidas realizados entre 1980 y 2000 la tasa promedio de homicidio por cien mil habitantes fue de 7. En América Latina, la mayoría de los países presentaban tasas superiores a la media mundial. Colombia ocupaba el primer lugar con la tasa de homicidio más alta del mundo. En tanto que Argentina para el año 2000 la tasa era ligeramente superior a la media, 7,2 y mayor que en la de Estados Unidos, 5,5, inversamente a lo que sucedía en 1990 (7,5 y 9,2, respectivamente).

Estadísticas recientes señalan que Canadá presentó en el año 2008 una tasa de homicidio de 1,83 en tanto que Guatemala fue el país con mayor tasa de homicidios, 49 por cien mil habitantes.

32 Laurence Steinberg en un reciente artículo publicado en la Revista Nature Neuroscience, reseña la influencia de la neurociencias en las decisiones de la Corte Suprema de EE.UU. en la culpabilidad criminal de los adolescentes. Parte de dichos argumentos serán expuestos en el presente. Steinberg, L. The influence of neuroscience on US Supreme Court decisions about adolescents' criminal culpability. Nature Reviews Neuroscience. 2013. 12 de junio, 513-518.

33 Dirección Nacional de Política Criminal. Informe Anual de Estadísticas Policiales Año 1999. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en Kessler, Gabriel. Sociología del delito amateur. Buenos Aires: Paidós, 2006.

Las estadísticas del año 2008, publicadas por Dirección Nacional de Política Criminal dependiente del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la República Argentina, reveló una tasa de 5,8 para el homicidio doloso para todo el país. Esto marcaría un descenso con relación a los comienzos de la presente década. Tal como se ha señalado en el párrafo previo para el año 2000 la tasa de homicidios dolosos cada 100 mil habitantes fue de 7,2, alcanzando su punto máximo en el año 2002, con 9,2.

Por su parte en el año 2009 se observó un pequeño descenso para el homicidio doloso, 5,45 por cien mil habitantes para todo el país³⁴.

Para la Ciudad de Buenos Aires, se registró un total de 139 homicidios dolosos. La tasa anual cada 100 mil habitantes fue de 4,57, observándose también un incremento en esta cifra.

Ahora bien, ¿cuál es el perfil de los victimarios? Uno de los debates actuales se refiere al descenso de la edad media de los delincuentes. Los resultados del Estudio de Victimización en la Ciudad de Buenos Aires, realizado sobre las percepciones de las víctimas, señalan que entre 1997 y 2000, alrededor del 50% de los agresores en robos con violencia se habría ubicado en la franja de 18 a 25 años. En cuanto al grupo entre 15 y 17 años, que representaban en 1997 cerca del 5% de los agresores, en el año 2000 llegarían al 10% del total, siendo 1998 el año de mayor presentación con un 15%³⁵.

En esta línea, en el año 2000, el 20% de las sentencias pronunciadas fue realizada a jóvenes entre 18 y 20 años de edad³⁶. En consecuencia, la edad promedio de la población carcelaria se redujo y pasó de 31 años en 1984 a 21 en 1994³⁷.

La mayor parte de las causas contra los menores se relacionaban con delitos contra la propiedad. El 90% de los menores imputados eran varones y el 64% tenía entre 15 y 17 años, y el 78% carecía de antecedentes penales. Con relación a su nivel de instrucción el 69% no superaba la educación primaria y sólo el 1% había finalizado la escuela secundaria³⁸. Datos similares fueron replicados en una publicación reciente, donde se destaca que en el total de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal privados de libertad al

34 Estadísticas que no incluyen la provincia de Buenos Aires. El cálculo de tasas se realizó sin computar la población de esa provincia.

35 Kessler, Gabriel. *Sociología del delito amateur*. Buenos Aires: Paidós, 2006.

36 Guemureman, S. La contracara de la violencia adolescente-juvenil: la violencia pública institucional de la agencia de control social, en Gayol, S y Kessler, G, *violencias, delitos y justicias en la Argentina*. Buenos Aires: UNGS-Manantial, 2002 en Kessler, Gabriel. *Sociología del delito amateur*. Buenos Aires: Paidós, 2006.

37 Citara, R. El plan penitenciario bonaerense. *Revista del Servicio Penitenciario Bonaerense*, 1995, n° 8, Buenos Aires, en Kessler, Gabriel. *Sociología del delito amateur*. Buenos Aires: Paidós, 2006.

38 Dirección Nacional de Política Criminal. *Investigación sobre menores infractores. Causas Año 1998*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en Kessler, Gabriel. *Sociología del delito amateur*. Buenos Aires: Paidós, 2006.

30 de junio de 2010 fue de 1508 personas. El 97% eran varones, el 80% tenía entre 16 y 17 años, el 11% tenía entre 11 y 15 años, y el 9% tenía entre 18 y 19 años. El 99% eran argentinos. En tanto que con relación a la educación el 71% no estaba recibiendo educación formal³⁹.

Con relación al delito de homicidio doloso y los menores durante el año 2009, 135 fueron los menores de 18 años imputados de tal delito en todo el país, que representan el 13% de los imputados⁴⁰. En la provincia de Buenos Aires, 68 menores de 18 años fueron imputados de ese delito, (el 10% del total) En tanto que en la Ciudad de Buenos Aires, durante el año 2007 sólo 1 menor de 18 años fue imputado del delito de homicidio doloso⁴¹. Según surge del informe realizado por el Ministerio de Justicia en el año 2010, 210 eran los jóvenes privados de libertad por homicidio doloso, en tanto que la mayor parte de los delitos correspondía al delito de robo (800)⁴²

Durante el año 2008 según las estadísticas de la Dirección Nacional de Política Criminal dependiente del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos 219 fueron los menores de 18 años imputados de tal delito en todo el país, que representan el 9,5% de los imputados. En tanto que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no hubo menores de 18 años imputados de homicidio doloso. En la provincia de Buenos Aires, 79 menores de 18 años fueron imputados de ese delito, durante el 2008.

Para las estadísticas del Ministerio Público Fiscal durante el mismo año -2007- fueron 14 los imputados menores de homicidio doloso (simple y agravado). En esta línea las Fiscalías de Menores han informado que en el 2009 sólo 19 menores fueron imputados de homicidio simple, cifra que ha descendido a casi la mitad en comparación con años anteriores (2008, 6 imputados, 2007, 11 imputados; 2006, 10 imputados; 2005, 16 imputados y 2004, 11 imputados). En tanto que hasta el mes de septiembre de 2010, ningún menor fue imputado de homicidio doloso.

En el año 2009, 135 fueron los menores de 18 años imputados de tal delito en todo el país, que representan el 10% de los imputados⁴³.

Las estadísticas del Ministerio Público Fiscal de Provincia de Buenos Aires, señalan que durante el año 2013 4 causas contra menores fueron iniciadas

39 Vasile Virginia. Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. Buenos Aires: Infojus, 2012

40 Dirección Nacional de Política Criminal. Sistema Nacional de Información Criminal año 2009, Informe sobre total del País. Buenos Aires: Ministerio del Interior, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. No se incluye la Provincia de Buenos Aires.

41 Dirección Nacional de Política Criminal. Sistema Nacional de Información Criminal año 2007, Informe sobre total del País. Buenos Aires: Ministerio del Interior, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.

42 Vasile Virginia. Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. Buenos Aires: Infojus, 2012.

43 No se incluyeron los datos de la provincia de Buenos Aires.

por el delito de homicidio (en grado de tentativa y consumo) lo que presenta el 0,44% de la totalidad de los delitos de los menores de 18 años investigados durante el 2013⁴⁴⁴⁵.

En resumen, en Argentina desde la década del noventa hasta la actualidad se ve un aumento de la cantidad de hechos delictuosos en general y en particular los delitos contra la propiedad. Según cifras oficiales la cantidad de homicidios dolosos durante la década del noventa el país registró cifras por arriba del promedio mundial. Sin embargo, desde comienzos de la década actual, la tasa anual ha experimentado un descenso a partir del año 2004, con un pico alto durante el año 2002. Debe destacarse que la tasa anual si bien siempre fue superior a la de países desarrollados, se mantuvo muy por debajo de otros países latinoamericanos más violentos. Con relación a la población victimaria, puede señalarse que en su mayoría se trata de jóvenes, varones, con bajo nivel educativo. Se concentran así las sentencias judiciales en la población de 18 a 20, lo que conlleva a una disminución de la edad promedio de la población carcelaria⁴⁶.

Por su parte, en Chile se observa un descenso de la cantidad de delitos de mayor connotación social⁴⁷ (DMCS) entre el año 2011 y el año 2013, 3796,4 a 3400 respectivamente⁴⁸. Con relación al delito de homicidio la tasa de homicidio para el año 2008 fue de 1,6 ‰ en Chile, mientras que en Argentina fue de 5,8, con tasa de 5,4 para EEUU y 1,83 para Canadá. Para el año 2013 la tasa de homicidio en Chile fue de 2,7 cada cien mil habitantes.

Ahora bien con relación a los menores y el homicidio, en el año 2009 en Chile hubo 69 menores de 18 años imputados por el delito de homicidio⁴⁹. En tanto que en el 2013 dicha se redujo a 34, representa 7,8 por cien mil habitantes.

En forma similar a lo que sucede en Argentina, en el año 2009, el 9,3% de los delitos fue cometidos por menores de edad, siendo el 50% de dichos delitos contra la propiedad⁵⁰.

44 Procuración General. Fuero de Responsabilidad Juvenil: IPP iniciadas por bien jurídico protegido por departamento judicial. Año 2013.

45 La totalidad de la población de la Provincia de Buenos Aires entre 5-19 se estima en 3.500.00 personas.

46 Dirección Nacional de Política Criminal. Investigación sobre menores infractores. Causas Año 1998. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en Kessler, Gabriel. Sociología del delito amateur. Buenos Aires: Paidós, 2006.

47 Los Delitos con Mayor Connotación Social son: robos con violencia o intimidación, robos por sorpresa, robos con fuerza, hurtos lesiones, homicidios, violaciones, violencia intrafamiliar.

48 Centro Estratégico de Análisis del Delito. Subsecretaría de Prevención del delito. Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

49 Fuente Carabineros de Chile año 2005-2013. Subsecretaría de Prevención del delito. Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

50 Blanco J., Varela J. Delincuencia Juvenil, violencia y desafíos para los programas de intervención. El observador, (2011) nro 8., p. 70.

Adolescentes, pena de muerte y prisión perpetúa en Estados Unidos

A partir del fallo *Thompson v. Oklahoma* (No. 86-6169) del año 1988 la Corte Suprema de Estados Unidos estimó que la pena de muerte para los jóvenes menores de 16 años era inconstitucional y se trataba de un castigo cruel e inusual. Sin embargo, esto permitió que se continúen ejecutando a adolescentes que tenían entre 17 y 18 años al momento de cometer el delito, a pesar de que dicho país había firmado la Convención de los Derechos del Niño (CDN) el 16 de febrero de 1995; Convención que al día de hoy no ha ratificado. En otras palabras, si bien el art. 37 prohíbe la pena de muerte y la prisión perpetúa sin posibilidad de excarcelación, EE.UU condenó a la pena de muerte a 22 jóvenes entre 1973 y el 2003, quienes habían cometido el delito a los 17 años.

Durante el fallo *Thompson v. Oklahoma* el juez Stevens señaló que la culpabilidad disminuida de los adolescentes en comparación a la de los adultos, se basa en *“la inexperiencia, la menor educación, y la menor inteligencia hacen que los adolescentes sean menos hábiles para medir las consecuencias de sus acciones, al mismo tiempo que se encuentra más influenciados por sus emociones y por la presión de sus pares”*⁵¹.

Sin embargo, en otro caso similar acaecido durante 1989, la Corte permitió la ejecución de jóvenes que se encontraban entre los 16 y 17 años (*Stanford v. Kentucky*, 1989).

En el año 2002 la Corte Suprema de los EE.UU en el fallo de *Atkins vs Virginia*, señaló que los sujetos afectados por retraso mental debían ser excluidos de la pena de muerte porque si bien la mayoría puede distinguir lo bueno de lo malo y tienen capacidad para estar en juicio, por definición, tienen una disminución en la capacidad para comprender y manejar la información, para comunicarse, para aprender de la experiencia, para el razonamiento lógico, para el control de sus impulsos, para comprender las reacciones de los otros^{52 53}.

En el año 2004, el debate sobre la pena de muerte y los adolescentes en EE.UU se reabrió a partir del caso de Christopher Simmons quien en el año 1993, cuando tenía 17 años, junto a un cómplice, asesinó luego de robarle a Shirley Crook. Luego del hecho Simmons, fue atrapado y confesó el hecho motivo por el cual el jurado lo encontró culpable y fue condenado a la pena de muerte. El

51 Justice Stevens en *Thompson v. Oklahoma* - 487 U.S. 815 (1988).

52 Este fallo produjo un cambio histórico en las sentencias pronunciadas por la Corte, ya que en 1989, en el caso *Penry v. Lynaugh*, sostuvo que la pena de muerte en el caso de sujetos con retraso mental podía llevarse a cabo. *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302 (1989).

53 J. McGee & F. Menolascino, *The Evaluation of Defendants with Mental Retardation in the Criminal Justice System*, in *The Criminal Justice System and Mental Retardation* 55, 58.60 (R. Conley, R. Luckasson, & G. Bouthilet eds. 1992); Appelbaum & Appelbaum, *Criminal-Justice Related Competencies in Defendants with Mental Retardation*, 14 J. of Psychiatry & L. 483, 487.489 (Winter 1994) citado por Justice Stevens. *Daryl Renard Atkins, petitioner v. Virginia* 536 u. s. (2002) no. 00.8452; 20 de junio de 2002.

joven apeló la pena impuesta pero la Corte del Estado de Missouri rechazó la solicitud, motivo por el cual ante la nueva apelación, el caso debió discutirse ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

El caso se expuso ante la Corte el 13 de octubre de 2004, y se decidió el 1 de marzo de 2005, con 5 votos contra 4, en prohibir la pena de muerte para los delincuentes que cometieron sus delitos antes de los 18 años⁵⁴. Sin embargo, EE.UU desde 1973 hasta el 2003, ejecutó 22 jóvenes que habían cometido el delito a los 17 años, salvo uno de ellos que tenía 16. Así tres Estados fijaron el límite de edad para entrar al sistema penal de adultos los 16 años, nueve Estados, en 17 años, y 38 Estados en los 18 años. Otros países como China, la República Democrática del Congo, Nigeria, Pakistán, Arabia Saudita, Yemen, e Irán aplicaron la pena de muerte a jóvenes que cometieron sus delitos cuando tenían menos de 18 años en los últimos años. El menor de los jóvenes ejecutados tenía 13 años⁵⁵.

En Simmons, importantes y prestigiosas asociaciones se presentaron ante la Corte Suprema de los Estados Unidos como *amici curiae* en la causa, desde organizaciones científicas, hasta organizaciones religiosas, ganadores del premio Nobel de la paz y diferentes países.

Entre las organizaciones científicas, se encontraban la Asociación Americana de Médicos (AAM) la Asociación de Psiquiatras Americana (APA) y la Asociación Americana de Psicólogos (AAP), entre otras, quienes realizaron un profundo análisis sobre el avance de las investigaciones en materia de desarrollo cerebral, toma de decisiones y adolescentes.

La Corte Suprema de EE.UU señaló en el fallo *Roper v. Simmons*, que tal como lo han demostrado los estudios sociológicos y científicos los adolescentes en comparación con adultos presentan una falta de madurez y un menor sentido de la responsabilidad.

En el año 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, señaló en el fallo Maldonado que: *“...que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional...en el caso particular de la culpabilidad de un niño la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”*⁵⁶.

54 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

55 Executions of juveniles in the U.S and other country. <http://www.deathpenaltyinfo.org/execution-juveniles-us-and-other-countries>.

56 M.,D.E.y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado –...

En el fallo *Graham v. Florida* (Nro. 08-7412) del 2010 la Corte Suprema de EE.UU realizó una mención sobre los informes realizados en el Caso Roper por la Asociación Americana de Médicos y por la Asociación Americana de Psicólogos presentados como *amici curiae* donde señaló que los descubrimientos en psicología y la ciencia del cerebro continúan mostrando diferencias fundamentales entre la mente de los adolescentes y la de los adultos. Por ejemplo, las partes del cerebro encargadas del control de la conducta continúan madurando hasta la adolescencia tardía. En el caso *Graham* se trató la imposición de la pena perpetua en los adolescentes infractores en delitos que no involucraban homicidio, considerándola inconstitucional.

El 2 de noviembre de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 172/10 (Caso 12651) sobre *Mendoza y otros c/ Argentina (Prisión y reclusión perpetuas de adolescentes)*, señaló en su considerando Nro. 159:

(...) el Comité de los Derechos del Niño (...) Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños.⁵⁷

Por otra parte, en la nota nro. 125 la Comisión Interamericana hace referencia a lo señalado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el fallo *Graham v Florida* con relación al desarrollo y madurez del cerebro adolescente.

En el reciente fallo del año 2012 Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso de *Miller v. Alabama* y *Jackson v. Hobbs* señaló que no resultaba obligatoria la imposición de la pena perpetua sin posibilidad de libertad condicional para los adolescentes menores de 18 años al momento del delito. Así, la Corte señaló que la evidencia presentada en los casos *Roper* y *Graham* tanto en el ámbito de las ciencias sociales como en el de las otras ciencias tomaba cada vez mayor fortaleza. El cerebro de los adolescentes no se encuentra completamente maduro en las regiones y sistemas encargados de las funciones ejecutivas, como en el control de los impulsos, la planificación y organización y la evaluación del riesgo.

Neurociencias y cerebro adolescente

Los avances y conocimientos sobre el funcionamiento, desarrollo y maduración del cerebro humano, específicamente sobre el cerebro adolescente, ha

causa n°1174-" - 7/12/2005. expte. m. 1022. XXXIX. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

57 Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 10 (2007) Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores. Párr. 10 citado en Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 172/10 (Caso 12651) sobre *Mendoza y otros c/ Argentina (Prisión y reclusión perpetuas de adolescente)*.

comenzado a impactar en forma reciente sobre jurisprudencia norteamericana. Tal como se ha señalado en el apartado previo, a partir del caso *Roper, Graham y Miller*, la Corte Suprema de Estados Unidos, ha realizado referencias específicas a la neurociencia del cerebro adolescente.

Ronald Dahl, señala que la morbi-mortalidad de los adolescentes aumenta un 200% si uno toma el mismo período de tiempo entre la niñez y la adolescencia tardía. No se trata de un aumento en la incidencia de cáncer, o de enfermedades cardiovasculares, sino que el aumento de la mortalidad y de discapacidad entre los adolescentes se debe dificultades en el control de su conducta y emociones. Presentan altas tasas de accidentes, suicidio, homicidio, depresión, abuso de alcohol y drogas, violencia, trastornos de la alimentación⁵⁸.

Las evidencias sobre el crecimiento, maduración y actividad del cerebro adolescente se presentan con mayor solidez que hace dos décadas. La adolescencia es un período donde se producen diferentes cambios neuroanatómicos, neurofisiológicos, y hormonales. Dichas modificaciones se encuentran acompañadas de características conductuales propias de dicha etapa evolutiva. Así, los adolescentes son buscadores de nuevas sensaciones⁵⁹, se exponen a situaciones de riesgo, toman decisiones de manera diferente a la de los adultos, son más susceptibles al estrés y a la presión de sus pares en comparación con los adultos.

En dicha etapa ciertas características pueden resultar adaptativas en términos de explorar nuevos ambientes, en adquirir nuevas habilidades y experiencias, o generar nuevas relaciones sociales⁶⁰. Sin embargo, la búsqueda de nuevas sensaciones puede exponer a los adolescentes aun comportamiento de riesgo, como experimentar con drogas y alcohol⁶¹, la conducción de automóviles en forma imprudente^{62 63} y las relaciones sexuales sin protección^{64 65} y ello puede

58 Dahl RE, Spear LP: Adolescent Brain Development: Vulnerabilities and Opportunities. In: RE Dahl, LP Spear, eds: *Ann New York Acad Sci* 1021:1-22, 2004.

59 Spear, L. P. (2000). The adolescent brain and age-related behavioral manifestations. *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*, 24(4), 417-463.

60 Steinberg, L. (2004). Risk taking in adolescence: What changes, and why? *Annals of the New York Academy of Sciences*, 1021, 51-58.

61 Edlin BR et al. Intersecting epidemics--crack cocaine use and HIV infection among inner-city young adults. Multicenter Crack Cocaine and HIV Infection Study Team. *N Engl J Med*. 1994 Nov 24; 331(21):1422-7.

62 Chambers RA, Taylor JR, Potenza MN. Developmental neurocircuitry of motivation in adolescence: a critical period of addiction vulnerability. *Am J Psychiatry*. 2003 Jun;160(6):1041-52.

63 CDC, NCHS. Public use data file and documentation: multiple cause of death for ICD-10 2005 data en Danice K. Eaton. *Youth Risk Behavior Surveillance --- United States, 2007 Surveillance Summaries* June 6, 2008 / 57(SS04);1-131.

64 Linetzky, B., Morello, P., Virgolini, M., & Ferrante, D. (2011). Resultados de la Primera Encuesta Nacional de Salud Escolar: Argentina, 2007. *Archivos argentinos de pediatría*.

65 Irwin CE Jr, Burg SJ, Uhler Cart C America's adolescents: where have we been, where are we going? *J Adolesc Health*. 2002 Dec;31(6 Suppl):91-121 en Organización Mundial de la Salud. Informe

en algunos casos puede acarrear consecuencias negativas, como embarazos no deseados, el abuso de sustancias o accidentes de tránsito. En esta línea, las investigaciones sobre la edad de inicio de las relaciones sexuales de los adolescentes, los métodos anticonceptivos utilizados, muestran la edad de promedio de inicio en las relaciones y el porcentaje de utilización de métodos anticonceptivos. Los resultados de la Encuesta Argentina sobre Salud Escolar mostraron que el año 2007 el 33,6% de los jóvenes encuestados que tenían entre 13 y 16 años habían tenido relaciones sexuales⁶⁶. De los adolescentes que habían tenido relaciones sexuales durante ese último año el 45,1% había usado algún método anticonceptivo. En tanto que con relación a la edad de inicio en las relaciones sexuales, la mayoría, tanto hombres y mujeres se había iniciado a los 16 años o más, sin embargo, un 36% de los hombres se había iniciado a los 14 años. En el caso de Chile, el inicio de las relaciones sexuales ha descendido, según la Cuarta Encuesta Nacional de Juventud realizada en el 2003, la edad promedio de inicio fue a los 17,7 años para los niveles socio económicos altos y 16,3 para los bajos. En tanto que con relación a la tasa de embarazos adolescentes en Chile se ha observado un descenso a partir del año 1998.

Tal como se ha señalado, los adolescentes se exponen a situaciones de riesgo, sin embargo, las primeras investigaciones sobre la inmadurez cognitiva de los adolescentes y su propensión a tomar riesgos, no arrojó resultados determinantes, ya que dichos hallazgos encontraron en estudios de laboratorio controlado, que las capacidades cognitivas de los adolescentes en términos de capacidad para percibir y procesar los componentes principales de decisiones riesgosas era similar a la de los adultos⁶⁷. Sin embargo, los resultados hallados en el laboratorio no se corresponden con el mundo real de los adolescentes. En otras palabras, parecería que los adolescentes responden a las pruebas de laboratorios de una manera diferente que a que cuando se encuentran en la situación concreta. Mientras en las pruebas de laboratorio se encuentran solos, sus respuestas se asemejan a la de los adultos sobre las situaciones riesgosas, sin embargo, en la vida cotidiana los adolescentes pasan gran cantidad de tiempo con sus pares y ello tiene influencia en la forma que toma de decisiones relacionadas con situaciones de riesgo. Por ello, nuevos estudios se han diseñado teniendo en cuenta esta variable, los adolescentes no se comportan ni deciden de la misma manera si se encuentran solo en compañía de sus pares, aun cuando estos no tengan una actitud explícita en relación a la decisión. Tal como lo señalan Blakemore y Mills⁶⁸ se ha propuesto que la adolescencia es un período particular de susceptibilidad cultural⁶⁹, y el impacto de la pubertad en el cere-

mundial sobre la violencia y la salud. Washington, 2002.

66 Linetzky, B., Morello, P., Virgolini, M., & Ferrante, D. (2011). Resultados de la Primera Encuesta Nacional de Salud Escolar: Argentina, 2007. Archivos argentinos de pediatría.

67 Reyna, V. F., & Farley, F. (2006). Risk and rationality in adolescent decision making: Implications for theory, practice, and public policy. *Psychological Science in the Public Interest*, 7, 1–44.

68 Blakemore, S.J., Mills, K. Is Adolescence a Sensitive Period for Sociocultural Processing? *Annu. Rev. Psychol.* 2014. 65:187–207.

69 Choudhury S. 2010. Culturing the adolescent brain: What can neuroscience learn from anthropo-

bro de los adolescentes hace que estos sean particularmente sensibles al medio social⁷⁰. En esta etapa, para los jóvenes las opiniones de sus pares se vuelven más importantes que las de sus padres y su familia. Los adolescentes entre 13 y 17 años reportan que la evaluación de sus pares los afecta emocionalmente tanto social como personalmente y el rechazo de sus pares, indica su indignidad como individuo⁷¹. Parecería que en la adolescencia, la importancia de la aceptación del grupo de pares, impacta en las autoevaluaciones que realizan sobre ellos mismos. Es decir, el deseo de ser aceptado por el grupo y evitar los factores sociales del rechazo, es particularmente grave durante la adolescencia y puede influenciar la conducta de los adolescentes.

Los adolescentes presentan menor resistencia a la presión de sus pares en comparación con los adultos y esto también ha sido tenido en cuenta por la jurisprudencia al momento de analizar la culpabilidad disminuida de los adolescentes. En esta línea, las estadísticas sobre qué tipo de conductas criminales cometen los adolescentes, muestran que estas se encuentran más relacionadas a actividades en grupo que solos. Tal como lo señalan Carnevali y Källman, *“la realidad muestra que, en la gran mayoría de los casos, los adolescentes que delinquen lo hacen en conjunto con otros niños o adolescentes... Los expertos alemanes, por ejemplo estiman que entre el 40 y 80% de los hechos en que participan adolescentes son cometidos en grupo de dos o más personas... a resultado muy parecidos llega la estadística de la justicia de Cataluña en España: 73,2% de los adolescentes cometieron delitos en grupos de pares”*⁷². Es decir, la importancia del grupo de pares, la resistencia a la presión de los mismos es crítica en la adolescencia y esta característica se relaciona en forma directa al tipo penal en la que suelen estar involucrados.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la doctrina la influencia del grupo de pares en el comportamiento adolescente ha sido tenido en cuenta en diferentes países, como por ejemplo el Tribunal Supremo Federal de Alemania, quienes *“estiman que el hecho de delinquir junto con otros adolescentes es una expresión de falta de madurez y, en consecuencia, una característica propia de la fase del desarrollo juvenil”*⁷³. En una línea similar también se ha expresado la

logy? Soc.Cogn. Affect. Neurosci. 5:159–67.

70 Crone EA, Dahl RE. 2012. Understanding adolescence as a period of social-affective engagement and goal flexibility. *Nat. Rev. Neurosci.* 13:636–50.

71 O'Brien SF, Bierman KL. 1988. Conceptions and perceived influence of peer groups: interviews with preadolescents and adolescents. *Child Dev.* 59:1360–65 en Blakemore, SJ., Mills, K. Is Adolescence a Sensitive Period for Sociocultural Processing? *Annu. Rev. Psychol.* 2014. 65:187–207.

72 Carnevali, R., Källman, E. La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil: especial consideración con la pluralidad de malhechores del art. 456 bis N° 3 del Código Penal. *Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil I.* Santiago: Centro de Documentación de Defensoría Pública, 2009, p. 119.

73 Carnevali, R., Källman, E. La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil: especial consideración con la pluralidad de malhechores del art. 456 bis N° 3 del Código Penal. *Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil I.* Santiago: Centro de Documentación de Defensoría Pública, 2009, p. 120.

Corte Suprema de Justicia de la Argentina: *“en el caso de los menores, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena”*⁷⁴.

La adolescencia se caracteriza por una etapa de mayor sensibilidad a la recompensa⁷⁵, y esta se encontraría íntimamente relacionada a la predisposición para la toma de riesgos. Las investigaciones señalan que los adolescentes serían más vulnerables para tomar riesgos, porque presentan limitaciones en el funcionamiento de la corteza prefrontal (región encargada regular la interrelación entre las ganancias y posibles consecuencias negativas o pérdidas)⁷⁶.

Las diferencias que existen entre la forma en que toman las decisiones los adolescentes y los adultos no se fundamenta en la imposibilidad de los jóvenes de distinguir entre lo bueno y lo malo. Tampoco se basa en que los adolescentes no pueden realizar ningún tipo razonamiento de costo/beneficio con relación a sus conductas, tal como lo han sugerido algunos estudios⁷⁷. La diferencia radica en la forma en la que los jóvenes realizan los análisis de costo beneficio, y como sopesan los riesgos y las ganancias, teniendo en cuenta las posibles ganancias a corto plazo^{78 79}. Los adolescentes focalizan más en las posibles ganancias que en protegerse de las posibles pérdidas⁸⁰. En síntesis, no es que los jóvenes no realizan análisis de costo beneficio, sino que se inclinan más hacia las posibles ganancias⁸¹, fallan en predecir las posibles consecuencias negativas de sus acciones⁸². Desde el punto de vista criminológico, algunos autores han señalado

74 M.,D.E.y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado –causa n°1174-” - 7/12/2005. expte. m. 1022. XXXIX. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

75 Galvan, A. The Teenage Brain: Sensitivity to Rewards Current Directions in Psychological Science 22(2) 88– 93.

76 Geier, C. F., & Luna, B. (2009). The maturation of incentive processing and cognitive control. *Pharmacology Biochemistry and Behavior*, 93, 212–221.

77 Furby, L., & Beyth-Marom, R. (1992). Risk taking in adolescence: A decision-making perspective. *Developmental Review*, 12, 1-44.

78 Cauffman E, Steinberg L. (Im)maturity of judgment in adolescence: why adolescents may be less culpable than adults. *Behav Sci Law*. 2000;18(6):741-60.

79 Furby, L., & Beyth-Marom, R. (1992). Risk taking in adolescence: A decision-making perspective. *Developmental Review*, 12, 1-44.

80 Furby, L., & Beyth-Marom, R. (1992). Risk taking in adolescence: A decision-making perspective. *Developmental Review*, 12, 1-44.

81 Bonnie L. Halpern-Felsher Elizabeth Cauffman. Costs and benefits of a decision: Decision-making competence in adolescents and adults. *Journal of Applied Developmental Psychology* Volume 22, Issue 3, May-June 2001, Pages 257-273.

82 Crone EA, van der Molen MW. Development of decision making in school-aged children and adolescents: evidence from heart rate and skin conductance analysis. *Child Dev*. 2007 Jul-Aug;

que este “inmediatismo” o “bajo control” se debe a que los jóvenes provenientes de familias desestructuradas o disfuncionales presentan alteraciones en la internalización de las normas sociales, lo que los haría más propensos a elegir el camino del delito para obtener gratificaciones inmediatas, y no alcanzar los mismos logros a través del trabajo o el estudio, que implica posponer el aquí y ahora por el futuro.

Se estima que las áreas cerebrales encargadas del control inhibitorio no se encuentran completamente desarrolladas en la adolescencia⁸³. Estudios actuales señalan que el cerebro de los adolescentes presenta menor cantidad de sustancias blanca (mielina) en los lóbulos frontales en comparación con los adultos y que la mielina continúa aumentando durante la adolescencia. El crecimiento de la mielina permite mayores conexiones entre diferentes regiones del cerebro. Este proceso de maduración de la corteza frontal durante la adolescencia ha sido denominado “frontalización”, a partir del cual la región prefrontal se desarrolla con la finalidad de regular las respuestas iniciadas en las regiones más primitivas, las estructuras límbicas⁸⁴. Debe destacarse que en este proceso de crecimiento, y maduración, las experiencias son críticas para el desarrollo de los circuitos cerebrales encargados de la regulación de las emociones y el control de los impulsos. La inmadurez de la corteza prefrontal explicaría el porque los adolescentes pueden involucrarse en situaciones peligrosas o riesgosas a pesar de entienden el peligro.

En contraposición, las regiones encargadas del reconocimiento y expresión de la emociones –sistema límbico- se encuentra con mayor activación y mayor sensibilidad a los estímulos sociales^{85 86}.

Así y tal como se ha señalado previamente, la corteza prefrontal madura en forma gradual, completándose dicho proceso entre los 18 y 21 años. Estudios de neuroimagen cerebral señalan que la maduración del sistema nervioso central se realizada desde atrás hacía adelante, ello explica porque la región anterior del cerebro –corteza prefrontal- es la última en desarrollarse y madurar. Se trata de una región crítica en las funciones ejecutivas, como la organización, planificación, control de los impulsos y en el análisis costo beneficio de las decisiones previo a la puesta en marcha de la acción. La maduración de las conexiones cerebrales, especialmente entre el lóbulo frontal y otras regiones del cerebro también es un proceso gradual, motivo por el cual es posible observar

78(4):1288-301.

- 83 Luna, B.; Paulsen D.; Padmanabhan A.; and Geier C. The Teenage Brain: Cognitive Control and Motivation. *Current Directions in Psychological Science* 2013 22: 94.
- 84 Arain, M. y col. Maturation of the adolescent brain. *Neuropsychiatric Disease and Treatment*. 2013: 9 449-461.
- 85 Chein, J., Albert, D., O'Brien, L., Uckert, K., & Steinberg, L. (2011). Peers increase adolescent risk taking by enhancing activity in the brain's reward circuitry. *Developmental Science*, 14, F1–F10.
- 86 Steinberg, L., Cauffman, E., Woolard, J., Graham S., & Banich, M. (2009). Are adolescents less mature than adults? Minors' access to abortion, the death penalty, and the alleged APA “flip-flop.” *American Psychologist*, 64, 583–594.

en los adolescentes una mayor dificultad en control de los impulsos con un aumento de la reactividad emocional.

En otras palabras, las hipótesis actuales sobre el funcionamiento del cerebro adolescente y su relación con el comportamiento, señalan los jóvenes presentan una mayor atracción hacia los estímulos novedosos, las búsqueda de nuevas sensaciones, las actividades de riesgo, lo que podría incluir el comportamiento criminal, particularmente en conjunto con pares, al mismo tiempo que presentarían menor capacidad para medir las consecuencias a largo plazo de sus acciones y menor autocontrol⁸⁷.

Consideraciones finales

En los últimos años las neurociencias han despertado el interés de diferentes disciplinas. En tal sentido, investigaciones sobre el funcionamiento del cerebro han comenzado a ser citadas en diferentes fallos judiciales y en la doctrina, tanto en países como EE.UU y Alemania, como en España⁸⁸ o Argentina⁸⁹.

En tres recientes fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos (*Roper v Simmons*; *Graham v Florida*, *Miller v. Alabama*), se han invocado investigaciones sobre el desarrollo, funcionamiento y maduración del cerebro adolescente al fundar la menor culpabilidad de los adolescentes. Prestigiosas asociaciones de médicos y psicólogos se presentaron como *amicus curiae* realizando informes sobre las características propias de la conducta adolescente, la inmadurez de los circuitos cerebrales en regiones encargadas del control de la conducta, la toma de decisiones, la vulnerabilidad al estrés y a la presión de sus pares, la mayor reactividad emocional.

En *Roper v Simmons* (2005) la Corte Suprema rechazó la pena de muerte de un adolescente por considerarla un castigo desproporcionado. En *Graham v Florida* (2010) y *Miller v. Alabama* (2012), se rechazó la prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional. En dichos fallos la Corte señaló que existen diferencias fundamentales entre el cerebro de los adolescentes en las regiones encargadas del control de las conductas⁹⁰.

La reseña realizada por importantes asociaciones sobre las investigaciones neurocientíficas relacionadas con el desarrollo del cerebro adolescente y que luego fueran citadas por la Corte Suprema de EE.UU al fundar la culpabilidad disminuida de los adolescentes se presenta como una gran oportunidad para diferenciar el trato penal de los adolescentes infractores de los adultos.

Tal como lo señalan Bonnie y Scott se deberá ser extremadamente cauteloso en esta temática toda vez que no sería sorprendente que algún abogado o fiscal

87 Bonnie, R. Scott, E. The Teenage Brain: Adolescent Brain Research and the Law. *Current Directions in Psychological Science* 2013 22: 158.

88 Demetrio Crespo E. *Neurociencias y Derecho Penal*. Madrid: Edisofer, 2013.

89 Silva, D; Mercurio, E.; López, F. *Imputabilidad penal y neurociencias*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

90 *Miller v. Alabama*, p. 2464.

solicite un estudio de neuroimagen cerebral para determinar si el cerebro de un joven en conflicto con la ley penal se encuentra completamente maduro y desarrollado como para condenarlo como un adulto. Sin embargo, se debe tener presente que las investigaciones sobre el crecimiento, desarrollo y maduración del cerebro adolescente presentan limitaciones, toda vez que sus aportes deben interpretarse en términos de cómo se produce el proceso de maduración desde la adolescencia hacia la adultez y no como la medida exacta de la madurez de un individuo puntual en una edad puntual. No es posible al momento actual contar con un indicador exacto de la madurez en términos neurobiológicos de un adolescente. En otras palabras no posible señalar que un adolescente de 14 tiene su cerebro maduro o inmaduro en comparación con otro o que alcanzó su madurez a los 17. Ello excede los límites de la ciencia⁹¹.

En la actualidad sólo es posible utilizar las investigaciones sobre el cerebro adolescente para generar políticas públicas que contemplen las diferencias propias de dicha etapa con objetivos basados en la prevención e intervención temprana, ya que las investigaciones brindan datos generales y no individuales sobre la maduración del cerebro.

Si bien en el ámbito del derecho penal juvenil la discusión sobre la menor culpabilidad parecería estar zanjada, y parecería existir un consenso sobre tal punto, debe resaltarse que en Argentina, no existe aún un derecho penal juvenil diferenciado. Por tal motivo varios jóvenes que habían cometido sus delitos cuando tenían menos de 18 años fueron condenados a cadena perpetua, aún cuando la Argentina había firmado y ratificado la CDN. Algunas de dichas condenas quedaron firmes y eso le valió a la Argentina una reciente condena ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹². Sin embargo, y a pesar de que mientras la Argentina transitaba dicho proceso, diferentes juristas, algunos de ellos especialistas del fuero penal juvenil, continuaron solicitando la pena perpetua para los menores de 18 años^{93 94}.

Los avances en neurociencias han comenzado a influir en decisiones judiciales, ya no se trata de aquel futuro lejano e incierto sino de casos concretos a partir de los cuales las investigaciones comienzan a brindar nuevos argumentos para el diseño y desarrollo no sólo de una política criminal y legislativa específica en términos de adolescentes en conflicto con la ley sino en también en políticas públicas de prevención.

91 Bonnie, R. Scott, E. The Teenage Brain: Adolescent Brain Research and the Law. *Current Directions in Psychological Science* 2013 22: 158.

92 Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 14 de mayo de 2013.

93 “Los alegatos ante el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil 3 de San Isidro habían comenzado el miércoles, cuando el fiscal Andrés Zárate pidió prisión perpetua para los imputados que tenían 16 años al momento del hecho...” *La Nación*, 13 de Julio de 2010.

94 “Hoy, la pregunta viene a cuento, porque un tribunal definirá si aplica la perpetua solicitada por el fiscal del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil Andrés Zárate a los dos chicos ya condenados por el homicidio...” *Página 12*, 18 de Julio de 2010.

VI. Transferencias de políticas y lo “que funciona”: algunas reflexiones sobre la justicia juvenil comparativa

JOHN MUNCIE
THE OPEN UNIVERSITY, FACULTY OF SOCIAL SCIENCES

Resumen

Este artículo explora las implicaciones para la justicia juvenil en Inglaterra y Gales de “pedir prestadas” iniciativas penales de otros estados, en la búsqueda de una agenda pragmática de lo “que funciona” [what works] en la prevención del crimen y reducción de la reincidencia. Se argumenta que si bien la transferencia de políticas de elementos de justicia restaurativa de la talla de Australasia y Escocia tiene el potencial para repensar radicalmente la práctica actual, su implementación es parcial y fragmentaria. La recurrente influencia dominante sigue siendo la justicia punitiva inspirada en la justicia americana. Mientras tanto algunas lecciones importantes en la protección del niño, *diversion* y la descarceración provenientes de Europa son ignoradas. La adopción de lo “que funciona” es altamente selectiva y en sí misma constituye una base dudosa para la reforma. Lo que superficialmente aparece como una nueva mentalidad abierta para aprender de la evaluación académica y «mejores prácticas» en todo el mundo, enmascara la naturaleza fundamentalmente política e ideológica de justicia juvenil contemporánea

* NOTA: agradecemos al profesor Muncie su autorización para traducir y publicar este artículo, originalmente impreso en Youth Justice Vol. 1 N°3, 2001.

Durante la última década el discurso de la justicia juvenil ha sido dominado por el santo grial de la “solución pragmática”. Fuera del pesimista “nada funciona” de la década de 1970 ha surgido un nuevo paradigma de “realismo científico” que hace hincapié en una combinación de planificación racional, investigación “basada en la evidencia” y auditorías de delincuencia y crimen, que nos ayudará a encontrar lo “que funciona” en la prevención de la delincuencia juvenil y en la reducción de las tasas de reincidencia. La obsesión actual con la pragmática y la relación costo-efectividad ha hecho que, al menos en teoría, los responsables políticos tienen la libertad de rastrear el mundo para obtener evidencia de lo que parece “funciona”, para pilotar “la prometedora” práctica de vuelta a casa y asegurar que el éxito es “probado” a través de la evaluación continua y la re-evaluación. Los países están tomando cada vez más leyes e iniciativas penales “prestadas” de otro estado en el intento de reformar sus propios sistemas. Ya no está la justicia juvenil “obstaculizada” por la adhesión a los principios filosóficos fundamentales, ya sea si estos se basan en nociones de bienestar, justicia, derechos o protección del niño.

En este artículo se brinda una mirada crítica sobre esta nueva ortodoxia. Se sugiere que la búsqueda de políticas intervencionistas que “funcionan” independientemente del tiempo y lugar, es un nombre inapropiado. Tal búsqueda ejerce violencia extrema a la diferencia cultural y la especificidad ideológica. Antes bien, este artículo sostiene que las únicas políticas defendibles para tratar con niños y jóvenes en problemas son las que persiguen activamente las alternativas al procesamiento formal y el uso de medidas privativas de libertad como último recurso. Sólo cuando los índices de persecución y privación de libertad caen constantemente la justicia juvenil puede decir honestamente que comienza a “funcionar”. Este punto de vista se basa en la investigación académica, profesional y coherente que ha puesto de manifiesto los efectos nocivos de la excesiva intervención institucional en la vida de los jóvenes. Es una opinión que también informa a algunos de la literatura de lo “que funciona. Pero mientras que un discurso que aborda la conducta delictiva en comunidad, en vez de un marco institucional, pareciera tener alguna ascendencia, el número de jóvenes encarcelados en Inglaterra y Gales se ha incrementado dramáticamente. La custodia en instituciones para delincuentes jóvenes es ampliamente reconocida como honerosa, embrutecedora, contraproducente y contraria a las normas de las Naciones Unidas. La exclusión privativa de libertad actúa estigmatizando a los jóvenes, fomenta la separación de las comunidades, de las familias y de las redes de apoyo, y siembra las semillas para políticas de odio y miedo en los niños (Goldson, 2002).

Tolerancia Cero: transferencia de políticas desde Estados Unidos

En los primeros días de oposición laborista persistentemente se cuestionó y condenó la transferencia transatlántica, de público conocimiento, de políticas conservadoras, en cuestiones de justicia social y penal. La centro-izquierda prefirió mirar a Europa. Sin embargo, después de la visita de Blair a los EE.UU. en 1993, que presagió la nueva doctrina de “ser duros con el crimen y duros

con las causas del crimen”, el Nuevo Laborismo también cambió su foco de Europa a las políticas de los Nuevos Demócratas de los EE.UU. Desde mediados de 1990, no sólo las políticas de bienestar-por-trabajo (workfare) obligatorias y condicionales, sino también la tolerancia cero policial, campamentos de entrenamiento militar [boot camps], toques de queda, vigilancia electrónica, sentencias mínimas obligatorias, nombrar y avergonzar a los jóvenes delincuentes y el estricto control sobre los padres, han sido todo transportadas a Inglaterra. Una postura dura contra el crimen y el estado de bienestar se ha convertido en el mantra que se da por sentado para lograr el éxito electoral.

Mucho de esto va en contra de cualquier conclusión sólida a la que se puede llegar desde la literatura de investigación sobre lo “que funciona”. Esta literatura -en sí misma, se deriva casi exclusivamente de la investigación a pequeña escala americana- sostiene que la clave para la *prevención de la criminalidad* radica en la identificación de “factores de riesgo” que pueden ser abordados a través de este tipo de intervenciones tempranas como la educación pre-escolar, visitas a los hogares, la formación de los padres e iniciativas contra el acoso escolar en las escuelas (Sherman et al., 1997). La clave para *reducir la reincidencia* parece estar en desarrollar habilidades de comportamiento, entrenamiento en el razonamiento moral y la resolución de problemas interpersonales (McGuire, 1995). Si bien gran parte de esta literatura se erige como una apología de la pobreza infantil, el abuso y las múltiples formas de privación, los discursos sobre la prevención y gestión del riesgo se han vuelto generalizados. Y como resultado todo tipo de mal comportamiento y numerosos aspectos de la política social se han incorporado en la agenda de la justicia penal. Este carácter de ‘lo que funciona’ se ha reproducido sin sentido crítico en Inglaterra y Gales por la Audit Commission (1996) y el Ministerio del Interior (Graham, 1998). Ambos han proporcionado listas de programas basados en las familias y la escuela que pueden ser considerados “exitosos”. Significativamente estas listas no incluyen explícitamente muchas de las políticas actuales de los EE.UU., Inglaterra y Gales que se basan en los programas punitivos, vigilancia intensiva, arresto domiciliario y la suspensión de la escuela. Sin embargo, es también significativo que ellos también omiten cualquier reconocimiento de los contextos socio-económicos determinantes y de los procesos de criminalización. La adopción (y transferencia) de políticas, entonces parecía parcial y selectiva, impulsada por otras preocupaciones que la adhesión a un ethos de investigación basado en la evidencia o en las nociones de vulnerabilidad estructural.

Por ejemplo, en EE.UU. la política de tolerancia cero ha sido proclamada como un gran éxito, sobre todo en la reducción de los índices de delincuencia (especialmente el número de delitos con armas de fuego en Nueva York). Pero las razones exactas de dicha disminución se mantienen en disputa. Muchos estadounidenses (y ciudadanos occidentales de todo el mundo) han sido testigos de las caídas en sus índices de criminalidad registrados sin la introducción de la política “tolerancia cero”. Ahora se reconoce que la reducción de la delincuencia en Nueva York también fue parte de una tendencia mayor en la disminución de los delitos violentos relacionados con el tráfico de cocaína-crack. Sin embargo, la idea de la creación de ambientes que desalientan la delincuencia y las incivildades fue entusiastamente importada a Gran Bretaña en 1995 como

parte de la nueva agenda intervencionista de los Laboristas. Pero no hay evidencia clara de que la tolerancia cero es una política que “funciona”. Más bien es conocida por agravar las relaciones policía/público y promover las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos.

Del mismo modo, es bien sabido que las cifras de encarcelamiento han aumentado en Estados Unidos a un ritmo sin precedentes desde la década de 1980, eventualmente “capturando” 2 millones de ciudadanos, es decir, uno de cada 147 residentes de los EE.UU. En los Estados Unidos, los criminólogos ahora se refieren a “encarcelamientos masivos”, “hiperinflación carcelaria” e “hiper-encarcelamiento” (Goldson, 2002; Simon, 2001). También se ha producido una notable “adultización” de la justicia juvenil que ha sido testigo del desmantelamiento generalizado de los procedimientos judiciales especiales que habían estado en vigor durante gran parte del siglo 20 para proteger a los jóvenes del estigma y la formalidad de la justicia de adultos. Desde la década de 1980 la mayoría de los estados de los EE.UU. han ampliado los cargos por los que los acusados menores pueden ser juzgados como adultos en los tribunales penales, bajando la edad en que esto se puede hacer, cambiando el objetivo de sus códigos juveniles para dar prioridad a los castigos y recurriendo a técnicas de entrenamiento más punitivas y campamentos militarizados. En algunos estados ya no existe en absoluto una edad límite para la acusación y juicio penal como adultos. Un legislador de Texas ha abogado escalofriantemente por ejecutar a menores de 11 años de edad, ya que no corresponden “a los niños de *Leave it to Beaver*” con los que yo crecí” (Grisso y Schwartz, 2000).

En Inglaterra y Gales, estos cambios se han reflejado en la abolición de la presunción de *doli incapax* dentro de los 10-14 años de edad, en el establecimiento de centros de formación seguros para menores de 12 a 14 años de edad y en las nuevas competencias para el Ministro del Interior para enviar a niños desde los 10 años de edad a esos lugares. Los campamentos de entrenamiento militarizado pueden haber sido abandonados, pero los regímenes de alta intensidad, los centros de formación seguros y una expansión del estado penal juvenil han pronto tomado su lugar. El número de jóvenes condenados a la cárcel en Inglaterra y Gales se duplicó, de poco menos de 4.000 en 1992 a más de 7.500 en 1999. Durante este período, y al contrario de la frecuente percepción pública y política, no ha habido una escalada de la delincuencia juvenil conocida. Más bien, el número de jóvenes de 10 a 20 años de edad encarcelados por delitos graves disminuyeron en un 16 por ciento. En abril de 2000 se introdujeron nuevas “órdenes de detención y de formación” (DTO) para contener ostensiblemente el flujo. Una vez más la evidencia preliminar no es alentadora. Los datos de los Youth Justice Board (YJB) que cubren los primeros cuatro meses del DTO muestran un aumento continuo en el número de encarcelados. Es ampliamente sostenido que el nuevo elemento de formación ha animado a los magistrados a hacer mayor uso de la opción de custodia. Al hacer que la custodia juvenil *parezca* menos dura su uso más amplio se convierte en una realidad. En agosto

* Nota del Editor: programa *sitcom* de fines de los cincuenta del siglo pasado, sobre una familia suburbana estadounidense altamente *idealizada*: la familia perfecta con niños perfectos.

de 2001 el YJB advirtió de una inminente crisis de hacinamiento en las instituciones para delinquentes juveniles. En una acción sin precedentes (dadas las proclamaciones llevadas a cabo desde hace mucho tiempo de la inviolabilidad de la discreción judicial) se comenzó a implorar a los magistrados a favorecer las penas no privativas de libertad (tales como los nuevos Programas de Supervisión y Vigilancia Intensiva) como alternativas a las penas de cárcel cortas. Por otra parte, la trayectoria actual de la justicia juvenil muestra pocos signos de reforma progresiva y más de una agenda política inspirada en EE.UU. obsesionada con no ser vista como “blanda con el crimen”. Las últimas importaciones procedentes de los EE.UU. incluyen la ampliación de la vigilancia electrónica a niños de 10-15 años de edad; la aplicación de reglas “tres golpes y estás fuera” contra ladrones; la introducción de pruebas de drogas obligatorias a todas las personas detenidas; aumentar las multas para los padres de los niños que se ausentan de la escuela; instar a un mayor uso de “órdenes sobre comportamiento antisocial”; extender el toque de queda para incluir a menores de 10-15 años de edad; abogar por multas en terreno para borrachos, ruidosos y comportamientos antisociales; y la introducción de tribunales de noche y fin de semana para entregar “justicia instantánea” (Muncie, 2001). Una de las más significativas “importaciones” es la reciente propuesta de aplicar penas más duras para los infractores reincidentes, garantizando que los delitos anteriores se tengan en cuenta a la hora de la sentencia. Tal medida suprime inmediatamente el principio básico de que las sanciones deben ser proporcionales a la infracción y no a las circunstancias socio-históricas del delincuente. De nuevo, reiterando, existe una amplia evidencia de que las respuestas punitivas son notables sólo en su fracaso. En el estado de ánimo actual de re-penalización en los EE.UU. y en Inglaterra y Gales el ethos de lo “que funciona” a menudo parece estar convenientemente olvidado.

Justicia Restaurativa: transferencia de políticas desde Australasia

Los críticos de este argumento hasta ahora se apresuran en señalar tendencias contrapuestas en el trabajo de la nueva justicia juvenil de Inglaterra y Gales. En particular, se ha hecho mucho respecto a “órdenes de referencia y reparación” como un medio importante de entrega de justicia restaurativa. Aquí se habla menos del control del delito y más de la participación del infractor/víctima y la minimización del daño. Éstas, en parte, se basan en nociones de prácticas consuetudinarias informales en los aborígenes maoríes, y los pueblos indígenas nativos americanos. Ellos han llegado a encontrar su expresión práctica en diversas formas de mediación víctima/infractor, en las versiones de conferencias familiares en Australia, en los círculos curativos en Canadá y en los procesos que en parte apuntan al trabajo de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica. Tanto las Naciones Unidas y el Consejo de Europa le dieron su apoyo a la justicia restaurativa a finales de 1990.

Los procesos de justicia restaurativa en Nueva Zelanda y en la mayoría de los estados australianos están ahora establecidos en la ley como la razón fundamental

de la justicia juvenil. Su objetivo es mantener a los jóvenes fuera de los procesos judiciales formales por medio de varios tipos de conferencias de grupos familiares. Gran parte de la investigación académica habla muy bien de este enfoque y su impacto en la reincidencia y en asegurar que la víctima y el infractor sean los participantes clave y tomadores de decisión en la determinación de cualquier acción futura (Morris y Maxwell 2001; Miers, 2001). Por otra parte, en Nueva Zelanda ellos tienden a ser utilizados para delitos medianos y graves y no son desviados de los procesos formales solamente para hacer frente a lo trivial. El éxito también tiene que ver con ganarse la confianza y el consentimiento del infractor y en la importancia dada al desarrollo de estrategias de educación y formación profesional para facilitar la inclusión social. En Australasia la toma de decisiones profesional y el rol de los tribunales es marginal en una medida no contemplada en Inglaterra. Mucho de esto probablemente se debe a su mayor compromiso ideológico con las políticas que hacen hincapié en el bienestar social y la participación de la comunidad en vez del estilo estadounidense del encarcelamiento. (Muncie et al, 1995; Gelsthorpe y Morris, 2002). Pero de nuevo, debemos ser precavidos contra la opinión de que esto es una especie de panacea general. Para las poblaciones indígenas esto puede conducir a un doble fracaso: dejar de ser respetuosos de la ley y no actuar apropiadamente de acuerdo con un guión de la justicia indígena reescrito por los blancos (Blagg, 1997). En general, existe el peligro de que cualquier forma de restauración obligatoria pueda degenerar en una ceremonia de humillación pública y degradación, en particular cuando se opera dentro de un sistema de justicia que es impulsado por valores punitivos, excluyentes y coercitivos, donde la intención principal es la imposición de un daño adicional. Si la justicia restaurativa es en serio superior a la justicia penal se requiere de una serie de discursos de reemplazo de “daño social”, “conflicto social”, “reparación” y “justicia social” en vez de persistir con los del crimen y la justicia penal (De Haan, 1990; Walgrave, 1995).

Por el contrario, en Inglaterra y Gales los principios restaurativos de las “órdenes de reparación” parecen bastante más periféricos -nada más que otra opción en un número cada vez mayor de órdenes impuestas por los tribunales. Los primeros informes sobre las “órdenes de referencia” en piloto también están algo mezclados con el bajo nivel de participación de las víctimas siendo un escollo particular (Newburn, 2002). La tensión se mantiene entre las aspiraciones de inclusión y participación de la justicia restaurativa, el potencial excluyente y de ampliación de la red de la prevención de la criminalidad y los valores punitivos del nuevo correccionalismo. Además, en toda la retórica actual de riesgo, daño, seguridad e inclusión que surge regularmente dentro de las auditorías y estrategias de delincuencia y desorden de lo “que funciona, poca o ninguna atención parece haberse dado a la consulta con los jóvenes sobre su propia seguridad o la de sus extraordinariamente altos niveles de victimización (NSPCC, 2001).

Caminos No Tomados: ¿lecciones para Europa?

Los intentos de comparar los sistemas de justicia juvenil están plagados de dificultades, porque la clasificación y registro de los delitos difieren y diferentes

países han desarrollado diferentes sistemas judiciales para definir y tratar a los jóvenes delincuentes. También es siempre importante no confundir la retórica gubernamental de lo que realmente sucede en el terreno. Sin embargo, incluso una mirada superficial a algunos de los datos menos controvertibles da poco consuelo a los que tratan de encontrar la protección y el bienestar del niño priorizados en el sistema inglés. Los países del Reino Unido tienen algunas de las edades más bajas de responsabilidad penal en la Unión Europea, que van desde 7 años en Irlanda, 8 en Escocia, 10 en Inglaterra y Gales, a 15 en Dinamarca, Finlandia y Suecia y 18 en Bélgica y Luxemburgo. Los datos comparativos más recientes del Consejo de Europa muestran que en 1996, con la excepción de Irlanda y Turquía, Inglaterra y Escocia tienen el más alto porcentaje de su población penal bajo la edad de 21 años. Una vez más las comparaciones son alarmantes. Alrededor del 18% de la población penal de Inglaterra y de Escocia es menor de 21 años en comparación con menos del 5% en Italia, Suiza, Suecia, Finlandia y Croacia (Consejo de Europa, 1998). Si bien es probable que sea justo decir que muchos países europeos añadieron elementos punitivos a su legislación en la década de 1990, ninguno de ellos ha pasado a una dramática re-penalización de la delincuencia juvenil, como se ha visto en Estados Unidos e Inglaterra. A septiembre de 1998, el número de jóvenes en las instituciones privativas de libertad era de 809 en Francia, 79 en Holanda y 14 en Dinamarca. La estadística equivalente para Inglaterra y Gales en julio de 2000, para jóvenes de entre 15 a 17 años solamente, fue de 1880 (Bateman, 2001). La investigación comparativa europea está poco desarrollada y los datos son fragmentarios, pero una serie de procesos potencialmente despenalizadores y desencarceladores pueden observarse, los que ponen la re-penalización de Inglaterra y Estados Unidos en un relieve particularmente severo.

En Francia, en la década de 1980 el gobierno de Mitterrand respondió a una serie de disturbios violentos en Lyon y Marsella, no con la aplicación de medidas más autoritarias, sino desarrollando medios de educación y oportunidades vocacionales y vías para la participación e incorporación a la política local. La iniciativa *Bonnemaison* involucró la contratación de jóvenes de mayor edad (animadores) para actuar como jóvenes trabajadores pagados con jóvenes de los *ghettos*. Estos se conectan con los residentes y funcionarios del gobierno local para formar comités de prevención del delito destinados a abordar cuestiones de la ciudadanía y renovación urbana, así como temas de seguridad. Es ampliamente asumido que tales estrategias, basadas en la representación democrática a nivel local, en lugar de la represión, por lo menos inicialmente tuvieron éxito en la consecución de una mayor integración, en especial para los menores de origen magrebí (King, 1988, 1991; Rey y Petit, 1985; Pitts, 1995, 1997). Desde la década de 1980, sin embargo, las tasas de delincuencia juvenil han crecido, los disturbios han continuado y hay evidencia convincente de una mayor convergencia de las estrategias de franceses e ingleses en la prevención del delito compuestos por un mosaico de métodos situacionales y sociales (Crawford, 2001). Las condiciones socio-económicas que producen la marginación de los jóvenes y el alejamiento en las "periferias urbanas balcanizadas" ya no tienen la atención política o académica central (Bailleau, 1998). Sin embargo, la cultura del republicanismo francés, impulsada por las nociones de

solidaridad social e integración, garantizan más de un compromiso duradero con los principios tradicionales de bienestarismo penal que lo que parece ser posible y políticamente aceptable en Inglaterra.

Un número de otros ejemplos europeos de recientes reformas a la justicia juvenil plantean la cuestión de si Inglaterra y los EE.UU. son de hecho atípicos en su respuesta al joven infractor.

En Holanda, la población penal de jóvenes se redujo en la década de 1970, al limitar la capacidad penal, haciendo hincapié en la rehabilitación y el apoyo a una cultura de la tolerancia (Downes, 1988). Los proyectos HALT iniciadas en Rotterdam en 1981 y varias otras iniciativas de prevención social del delito parecen haber tenido un impacto en el vandalismo, el ausentismo escolar y el hurto mediante el reemplazo de la intervención judicial con esquemas de reparación y organismos de asesoramiento para mejorar las “habilidades de supervivencia” de los jóvenes. Su éxito, sin embargo, puede ser debido a su orientación a “travesuras comunes” en lugar de (hasta ahora) crímenes violentos (van Swaaningen, 2001).

En Bélgica existen brigadas juveniles especiales en la mayoría de las fuerzas policiales, a menudo supervisadas por funcionarios titulados que poseen diplomas de escuelas de trabajo social. Todas las intervenciones judiciales se legitiman a través de un discurso educativo, más que punitivo y responsabilizador. Mientras que en la práctica algunas medidas de bienestar están respaldadas por poderes punitivos y coercitivos, sigue siendo imposible imponer sanciones penales a los menores bajo 16 años (Walgrave y Mehlbye, 1998).

En Italia, los jueces tienen un poder adicional para conceder un “perdón judicial”, que junto con una política de “*liberta controllata*” (una forma de supervisión policial) significa que los jóvenes están encarcelados sólo por muy pocos delitos violentos graves (Ruxton, 1996; Dunkel, 1991).

En Finlandia, el joven delincuente en la población penal se ha reducido en un 90% desde 1960 sin ningún tipo de aumento conocido asociado a la delincuencia. Esto se logró mediante la suspensión del encarcelamiento con la condición de que un período de prueba fuese completado con éxito. La sentencia “incondicional” a prisión es ahora una rareza (National Research Institute, 1998).

En Trondheim, Noruega, en 1994, una niña de cinco años de edad fue asesinada por dos niños de seis años de edad. La excepcionalidad de este caso es un reflejo del asesinato de James Bulger por dos chicos de 10 años de edad, un año antes en Liverpool. En los siete años subsiguientes, la protesta pública, de los medios de comunicación y de la política se mantuvo sin cesar en el Reino Unido, residiendo continuamente en la “indulgencia” de su condena, su acceso “privilegiado” a la rehabilitación especializada y su eventual puesta en libertad en forma “prematura”. En Noruega, el asesinato siempre se trató como una tragedia en la que la comunidad local compartió una vergüenza colectiva y la responsabilidad. Los chicos nunca fueron nombrados. Volvieron a la escuela después de dos semanas del evento.

No siempre se reconoce plenamente que Escocia abolió el tribunal de menores en 1968 y ha estado operando con un tribunal de bienestar para la mayoría de los delincuentes menores de 16 años de edad, durante los últimos 30 años. No ha sido sin críticas, sobre todo debido a la falta de garantías legales y la aparente tendencia de los tribunales de adultos para hacer frente a los jóvenes de 16 años y más con excesiva severidad. Escocia sigue teniendo un alto porcentaje de su población penal dedicada a personas menores de 21 años de edad. Sin embargo, el sistema de audiencia [*hearing system*] ha asegurado que las consideraciones de bienestar infantil tengan una posición más crucial para los delincuentes más jóvenes de lo que es posible en la justicia juvenil en Inglaterra (McAra y Young, 1997; Whyte, 2000).

Es un asunto de cierta ironía que uno de los ejemplos más claros de la práctica progresiva diseñada para asegurar la máxima *diversion* y mínima custodia ocurre no en Europa continental, pero sí en Inglaterra y Gales. El período 1988-1993 ha sido anunciado como equivalente a una “revolución exitosa” (Allen, 1991) o, al menos, uno de “los consensos delicadamente equilibrados” en el que todos los elementos del sistema de justicia juvenil (por diferentes razones) aparecieron para apoyar la principios de la *diversion*, la despenalización y la descarcelación (Goldson, 2000). Una combinación de cambios demográficos, salvaguardias legales contra la custodia, endosos oficiales de advertencia policial, el desarrollo de esquemas de tratamiento intermedios intensivos y la creación de zonas libres de custodia combinados, crearon un clima en el que el número de menores de 18 años de edad enviados a custodia inmediata se redujo de más de 13.000 en 1983 a 3.400 en 1993. Sin embargo, es precisamente este período de éxito que el Nuevo Laborismo ha condenado como un “fracaso” y como un síntoma de una “cultura de excusa de la reproducción de la delincuencia”. A finales del siglo las cifras de encarcelados habían aumentado una vez más sobre los 7.000. Un aumento que no es ajeno a la mentalidad renovada del concepto “la prisión funciona” y las consecuencias políticas del asesinato de James Bulger en 1993. El Nuevo Laborismo parece no sólo obsesionado con Estados Unidos, sino también tiene la intención de negar nuestro pasado reciente.

Observando ejemplos de este tipo, varios comentaristas han detectado una apertura de la justicia juvenil en la mayor parte de Europa en la década de 1990 a través de la cual las sanciones privativas de libertad están en disminución. Un “entorno abierto”, la seguridad de la comunidad y las iniciativas restaurativas -la reparación, el trabajo comunitario, los cursos de formación social, etc.-, junto con un cumplimiento mucho mayor de las normas de las Naciones Unidas y las recomendaciones del Consejo de Europa, están todas dirigidas a evitar el encarcelamiento de los jóvenes (Merigeau, 1996). Además, el Consejo de Europa también ha sostenido que la intervención efectiva se basa en la colocación de las políticas económicas, familiares y de cuidado de niños en primer lugar. En contraste, la reversión a la custodia en Inglaterra y Gales está en directa contradicción con la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* que establece que el “interés superior” del niño prevalecerá y que el encarcelamiento juvenil debe ser un “último recurso” y que se utilizará durante el “menor tiempo posible”. Ratificada por la casi totalidad de los

190 estados miembros de las Naciones Unidas (las excepciones son Somalia y Estados Unidos) el gobierno del Reino Unido la suscribió en 1991. Seguidamente, una supervisión por parte de las Naciones Unidas de la política del Reino Unido llevó a la conclusión de que los derechos humanos de los niños británicos todavía no han sido considerados válidos. La insistencia en que sean suprimidos los centros de formación seguros y que se considere seriamente la posibilidad de elevar la edad de responsabilidad penal, ha sido ignorada sistemáticamente. La Convención Europea de Derechos Humanos también confiere el derecho al respeto de la vida privada y familiar y protege a las familias de la interferencia arbitraria. Las nuevas órdenes parentales, los esquemas de toque de queda infantil y las órdenes de comportamiento antisocial en la justicia juvenil inglesa podrían de nuevo aparecer en desacato.

En ninguna parte de Europa, salvo en Inglaterra, Gales e Irlanda, los padres pueden ser sometidos a medidas de control punitivas como parte de la ley de justicia juvenil. En ninguna parte de Europa, salvo en Inglaterra y Gales, tienen toques de queda en casa, supervisión electrónica y el arresto domiciliario adoptados con tanto entusiasmo como un medio creíble de tratar con los jóvenes (aunque existen planes de monitoreo electrónico en Suecia y los Países Bajos y en la actualidad se está probando en Escocia; y los toques de queda se introdujeron en cuatro áreas del Frente Nacional en Francia en 1997).

Conclusión: las falacias de la transferencia de políticas y lo “que funciona”

La lógica de lo “que funciona” es seductora. ¿Cómo podría alguien abogar por políticas y prácticas que han demostrado fallar? ¿En qué otra cosa podría basarse la justicia juvenil?, ¿la venganza?, ¿el miedo?, ¿la conveniencia política?, ¿la reacción instintiva? Todas estas razones pueden tener una presencia, pero cada una carece de toda apariencia de racionalidad científica. Por lo tanto, la evaluación orientada a los resultados se ha vuelto esencial para la justicia juvenil inglesa como una sucesión de iniciativas -vigilancia electrónica, órdenes de referencia, órdenes parentales y así sucesivamente- que se ponen a prueba y se revisan. Todas se basan en la suposición positivista de que las leyes cuasi-científicas y la predicción racional no sólo es posible, sino que ambas son esenciales para la modernización de la gobernanza de la juventud (Newman, 2001). Pero la evaluación no es una ciencia pura. La mayoría de los comisionados de la investigación de evaluación podrían querer los “hechos”, pero los hechos no hablan por sí mismos. La imprevisibilidad y la variabilidad de lo social y de las políticas militan en contra de las generalidades y la uniformidad. La búsqueda de la práctica consistente eficiente (y costo-efectiva) tiende a significar que la dinámica de las contingencias locales es a menudo pasada por alto. lo “que funciona” en algunos contextos (espacial y temporal) no puede “funcionar” en otros. La pragmática ‘solución rápida’ impide el análisis de la investigación y la propuesta de políticas que miran a largo plazo y que son fundamentalmente transformadoras. Las políticas de lo “que funciona” tienden a centrarse sólo en los problemas individuales inmediatos de los jóvenes y sus padres. Si bien es

posible ver algunas iniciativas con un moderado optimismo es poco probable que alguna de ellas pueda ser simplemente transferida de una jurisdicción a otra o incluso de una localidad a otra con los mismos resultados. Por otra parte, las evaluaciones académicas nunca han proporcionado las bases únicas para decidir sobre asuntos de justicia juvenil. La marcada discordancia entre los resultados de la investigación y la formación de políticas es un lugar común (Goldson, 2001).

Las razones para hacer estudios comparativos siguen siendo poco claras. En su mejor momento, puede advertir el etnocentrismo y ayudarnos a comprender mejor nuestro propio país, pero rara vez puede ser utilizado como una justificación racional para la transferencia de políticas de prácticas “prometedoras”. Con demasiada frecuencia, las cuestiones de la cultura, de la ideología y el discurso están ausentes del análisis comparativo (Nelken, 1994). Además, muchos de estos programas “prometedores” son de adaptación individual o de asociación gerencial. Hacen poco para impactar en los contextos sociales más amplios de la pobreza, la desafección, la discriminación y la criminalización. Las lecturas radicales del potencial de la prevención de la delincuencia juvenil y las estrategias restaurativas para la justicia social, en última instancia requieren de un compromiso con el cambio a largo plazo, la tolerancia y el respeto que no pueden simplemente ser reducidas a los artefactos estadísticos producidos por las evaluaciones de los juicios a corto plazo de lo “que funciona” (White, 2000).

Por encima de todo el discurso de lo “que funciona” siempre es presentado como benigno empírica y pragmáticamente. Sin embargo, en Inglaterra y Gales este realismo también está impulsado por las evaluaciones de lo que es popular electoralmente y por un conservadurismo incorporado que favorece el status quo. Todos los organismos de control de la delincuencia, ya sea pública o privada, tienen un interés creado en mantener el “problema de la delincuencia juvenil” en lo alto de la agenda política. El descubrimiento de lo “que funciona” pone en peligro su existencia. Las tasas de encarcelamiento juvenil reflejan opciones políticas y no son impulsadas por la necesidad de la seguridad pública. Así que por “lo que funciona de manera pragmática”, también se debe leer “lo que funciona política, institucional y económicamente”. Esta tensión es tal que el discurso pierde todo significado preciso. De la custodia penal, la justicia restaurativa, la *diversion*, la protección social y así sucesivamente, puede ser dicho “que funcionan” dependiendo de objetivos más amplios y la forma en que son recibidos por las diferentes audiencias. Entonces, cualquier intento serio de reformar la justicia juvenil no puede permitirse el lujo de dejarse seducir en una ética de lo “que funciona. La cuestión fundamental es “¿dentro de qué principios queremos que opere la justicia juvenil?” y “con qué efectos deseables?” Para lograr dicho objetivo no es necesario ni recorrer el mundo por lo que parecen ser las prácticas progresivas ni ser distraído por el corto plazo y la pragmática. Estaríamos mejor servidos mediante la búsqueda de un sistema que sea filosóficamente defendible en sus propios términos y que sea relevante a nivel local: un sistema que, al menos, valore la normalidad de la transgresión juvenil y adhiera a algunos principios privilegiados básicos de respeto, protección, informalismo y derechos.

Referencias

- Allen, R. (1991) Out of Jail: The Reduction in the Use of Penal Custody for Male Juvenile 1981–88. *Howard Journal*. 30: 1. 30–52.
- Audit Commission (1996) *Misspent Youth*. London, Audit Commission.
- Bailleau, F. (1998) A Crisis of Youth or of Juridical Response?, in Ruggiero, V., South, N. and Taylor, I. (Eds.) *The New European Criminology*. London, Routledge.
- Bateman, T. (2001) The Custodial Sentencing of Children: Is there an Alternative? *Youth Justice Matters*. Sep.
- Blagg, H. (1997) A Just Measure of Shame?: Aboriginal Youth and Conferencing in Australia. *British Journal of Criminology*. 37: 4. 481–501.
- Council of Europe (1998) *Penological Information Bulletin* 21.
- Crawford, A. (2001) The Growth of Crime Prevention in France as Contrasted with the English Experience, in Hughes, G., McLaughlin, E. and Muncie, J. (Eds.) *Crime Prevention and Community Safety: New Directions*. London, Sage.
- De Haan, W. (1990) *The Politics of Redress*. London, Unwin Hyman.
- Downes, D. (1988) *Contrasts in Tolerance*. Oxford, Oxford University Press.
- Dunkel, F. (1991) Legal Differences in Juvenile Criminology in Europe, in Booth, T. (Ed.) *Juvenile Justice in the New Europe*. Social Services Monographs, University of Sheffield.
- Gelsthorpe, L. and Morris, A. (2002) Restorative Youth Justice: The Last Vestiges of Welfare?, in Muncie, J., Hughes, G. and McLaughlin, E. (Eds.) *Youth Justice: Critical Readings*. London, Sage.
- Graham, J. (1998) What Works in Preventing Criminality, in Goldblatt, P. and Lewis, C. (Eds.) *Reducing Offending*. Home Office Research Study, no.187, London, HMSO.
- Goldson, B. (2000) Wither Diversion? Interventionism and the New Youth Justice, in Goldson, B. (Ed.) *The New Youth Justice*. Lyme Regis, Russell House.
- Goldson, B. (2001) A Rational Youth Justice? Some Critical Reflections on the Research, Policy and Practice Relation. *Probation Journal*. 48: 2. 76–85.
- Goldson, B. (2002) New Punitiveness: The Politics of Child Incarceration, in Muncie, J., Hughes, G. and McLaughlin, E. (Eds.) *Youth Justice: Critical Readings*. London, Sage.
- Grisso T. and Schwartz R. G. (Eds.) (2000) *Youth on Trial*. Chicago, University of Chicago Press.
- King, M. (1988) *How to Make Social Crime Prevention Work: The French Experience*. London, Nacro.

- King, M. (1991) The Political Construction of Crime Prevention: A Contrast Between the French and British Experiences, in Stenson, K. and Cowell, D. (Eds.) *The Politics of Crime Control*. London, Sage.
- King, M. and Petit, M. A. (1985) Thin Stick and Fat Carrot: The French Juvenile System. *Youth and Policy*. 15: 26–31.
- McAra, L. and Young, P. (1997) Juvenile Justice in Scotland. *Criminal Justice*. 15: 3. 8–10.
- McGuire, J. (Ed.) (1995) *What Works: Reducing Re-offending*. London, Wiley.
- Mérigeau, M. (1996) Legal Frameworks and Interventions, in McCarney, W. (Ed.) *Juvenile Delinquents and Young People in Danger in an Open Environment*. Winchester, Waterside Press.
- Miers, D. (2001) *An International Review of Restorative Justice*. Crime Reduction Research Series Paper no. 10, London, Home Office.
- Morris, A. and Maxwell, G. (Eds.) (2001) *Restorative Justice for Juveniles*. Oxford, Hart.
- Muncie, J., Coventry, G. and Walters, R. (1995) The Politics of Youth Crime Prevention: Developments in Australia and England and Wales, in Noaks, L., Maguire, M. and Levi, M. (Eds.) *Contemporary Issues in Criminology*. Cardiff, University of Wales.
- Muncie, J. (2001) A New Deal for Youth?: Early Intervention and Correctionalism, in Hughes, G., McLaughlin, E. and Muncie, J. (Eds.) *Crime Prevention and Community Safety: New Directions*. London, Sage.
- National Research Institute of Legal Policy (1998) *Regulating the Prison Population*. Helsinki, NRILP.
- Nelken, D. (1994) Whom can you Trust? The Future of Comparative Criminology, in Nelken, D. (Ed.) *The Futures of Criminology*. London, Sage.
- Newburn, T. (2002) The Contemporary Politics of Youth Crime Prevention, in Muncie, J., Hughes, G. and McLaughlin, E. (Eds.) *Youth Justice: Critical Readings*. London, Sage.
- Newman, J. (2001) *Modernising Governance*. London, Sage.
- NSPCC (2001) *Building Safer Communities for Children*. London, NSPCC.
- Pitts, J. (1995) Public Issues and Private Troubles: A Tale of Two Cities. *Social Work in Europe*. 2: 1. 3–11.
- Pitts, J. (1997) Youth Crime, Social Change and Crime Control in Britain and France in the 1980s and 1990s, in Jones, H. (Ed.) *Towards a Classless Society*. London, Routledge.
- Ruxton, S. (1996) *Children in Europe*. London, NCH Action for Children.
- Sherman, I. et al. (1997) *Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What's Promising*. Washington DC, US Department of Justice.

- Simon, J. (2001) Entitlement to Cruelty: Neo-liberalism and the Punitive Mentality in the United States, in Stenson, K. and Sullivan, R. R. (Eds.) *Crime, Risk and Justice*. Cullompton, Willan.
- Van Swaaningen, R. (2001) Towards a Replacement Discourse on Community Safety: Lessons from the Netherlands, in Hughes, G., McLaughlin, E. and Muncie, J. (Eds.) *Crime Prevention and Community Safety: New Directions*. London, Sage.
- Walgrave, L. (1995) Restorative Justice for Juveniles: Just a Technique or a Fully Fledged Alternative? *Howard Journal*. 34: 3. 228–49.
- Walgrave, L. and Mehlbye, J. (Eds.) (1998) *Confronting Youth in Europe: Juvenile Crime and Juvenile Justice*. Copenhagen, Denmark Institute of Local Government Studies.
- White, R. (2000) Social Justice, Community Building and Restorative Strategies. *Contemporary Justice Review*. 3: 1. 55–72.
- Whyte, B. (2000) Youth Justice in Scotland, in Pickford, J. (Ed.) *Youth Justice: Theory and Practice*. London, Cavendish.

VII. Reparación y retribución: ¿son reconciliables?

LUCIA ZEDNER

Introducción

La historia reciente de la justicia penal contiene una aparente anomalía: el renacimiento simultáneo de los modelos de justicia retributivos y de reparación. En este artículo se explora la génesis y demandas en competencia de estos dos modelos, como es que sus fortunas han coincidido, y con qué consecuencias. Muchos escritos en este campo se han sentido impulsados a defender las pretensiones de una u otra.¹ Algunos de estos escritos se leen como extensiones misioneras cuyos fines proselitistas tienden a obstruir el análisis mesurado. Sin embargo, las mayores posibilidades de debate iluminador han surgido donde campeones rivales han entrado a la batalla unos con otros para exponer las insuficiencias o inconveniencia del modelo del otro.² La consecuencia, sin

* NOTA: agradecemos a la profesora Zedner su autorización para traducir y publicar este artículo, originalmente impreso en *The Modern Law Review*, Vol. 57, 1994.

Departamento de Derecho de la London School of Economics. Este artículo se basa en mi contribución a un proyecto comparativo 'Wiedergutmachung in Strafrecht / Reparation in Criminal Law' en el Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg. El proyecto analiza la relación entre el castigo y la reparación a nivel de teoría y práctica en dieciséis países. Me siento agradecida con Andrew Ashworth, Michael Cavadino, James Dignan, Nicola Lacey, Andrew von Hirsch y Susanne Walther por sus comentarios y sugerencias.

- 1 Lo mejor de estos escritos incluyen: en la justicia reparadora, Barnett, 'Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice' (1977) 87 *Ethics* 279; Wright, *Justice for Victims and Offenders* (London: Sage, 1991); y sobre el retribucionismo, von Hirsch, *Doing Justice* (Boston: Northeastern University Press, reimpresión 1986); Ashworth, "Criminal Justice and Deserved Sentences" (1989) *CLR* 340.
- 2 Por ejemplo, ver el debate entre Braithwaite y Pettit, y von Hirsch y Ashworth: Braithwaite y Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice* (Oxford: Oxford University Press, 1990); von Hirsch y Ashworth, 'Not Not Just Deserts: A Response to Braithwaite and Pettit' (1992) 12 *OJLS* 83 y respuesta de Braithwaite y Pettit, 'Not Just Deserts, Even in Sentencing: A Reply to von Hirsch and Ashworth' (1992) 4(3) *Current Issues in Criminal Justice* 225-239; Ashworth y von Hirsch, 'Desert and the Three Rs' (1993) 5(1) *Current Issues in Criminal Justice* 9. Otro ejemplo es el debate Van Ness, 'New Wine and Old Wineskins: Four Challenges of Restorative Justice' (1993) 4(1)

embargo, es que las posiciones se han polarizado. La justicia retributiva y reparadora se plantea como antinomias cuyas reclamaciones compiten entre sí y cuyos objetivos deben estar en conflicto. Los escritores más radicales proponen un gran cambio de paradigma en el que la reparación sea prioridad sobre el castigo como el objetivo del sistema de justicia penal.³ Desde el campo contrario, los partidarios del retribucionismo, en general, argumentan que la reparación sea meramente incidental al propósito principal de la pena. De acuerdo con este último punto de vista, el lugar de la reparación en el sistema de justicia penal responde a objetivos pragmáticos, pero conceptualmente es anómalo. Más recientemente, algunos esperados intentos de cerrar la brecha tradicionalmente planteada entre la reparación y la retribución han sido discutidos por aquellos que cuestionan la utilidad de este enfoque dicotómico con la teoría penal.⁴

Este artículo se pregunta si el sistema penal puede o debe abarcar objetivos tanto punitivos y reparadores simultáneamente. Lo hace mediante el análisis de la génesis y las exigencias de la justicia retributiva y reparadora; mediante el examen de la crítica central de la reparación que falla como castigo; y, por último, preguntando si, y en qué aspectos la reparación y la retribución se pueden conciliar. Si la reparación tiene un lugar dentro del sistema penal, entonces, ¿cuál es, o debería ser, ese lugar? Esto no es ni un folleto misionero ni un intento determinado de reconciliación. Más bien, se trata de someter a la justicia retributiva y reparadora tanto a un examen crítico con el fin de desentrañar hebras de congruencia y concordancia, así como las de la diferencia y la incompatibilidad. En un sistema de justicia penal que se caracteriza sobre todo por su diversidad y tensión, sería curioso para sentenciar disfrutar de la unidad e incluso la coherencia del objetivo. La sentencia abarca una gama de diversas funciones y con razón. El pluralismo es una característica necesaria de nuestro sistema penal y debemos resistir la tentación de buscar la elegancia intelectual o unanimidad a toda costa.

A El castigo como retribución

Antes de examinar la génesis y exigencias de la justicia reparadora, recapitulemos brevemente el estado actual de la discusión sobre los propósitos de nues-

Criminal Law Forum y Ashworth, 'Some Doubts about Restorative Justice' (1993) 4(2) Criminal Law Forum 1.

- 3 Véase, por ejemplo, Barnett, op cit n 1; Abel y Marsh, *Punishment and Restitution: A Restitutionary Approach to Crime and the Criminal* (Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1984); Fattah, 'From a Guilt Orientation to a Consequence Orientation' en Kueper y Welp (eds), *Beitraege zur Rechtswissenschaft* (Heidelberg: CF Mueller Juristischer Verlag, 1993) 771 – 792.
- 4 Ver Watson, Boucherat y Davis, 'Reparation for Retributivists' en Wright y Galaway (eds.), *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community* (London: Sage, 1989); Cavadino y Dignan, 'Reparation, Retribution and Rights,' trabajo inédito, presentado en la British Criminology Conference, Cardiff, 1993.

tro sistema penal. Esta historia es familiar y sirve de poco tratar de extenderse aquí. Dicho esto, si la importación del potencial cambio de paradigma propuesto por la justicia reparadora es para ser plenamente apreciado, entonces una visión general del paradigma prevaleciente es esencial.

Desde el apogeo del bienestarismo en la década de 1960, la agenda política de la sentencia ha cambiado notablemente: la desilusión con el modelo de bienestar de la justicia provocó crecientes llamados para una “vuelta a la justicia”, un movimiento que significa tanto el renovado respeto por el debido proceso y el renacimiento del retribucionismo en la sentencia.⁵ Propuestas por primera vez y con mayor vigor en los Estados Unidos por Andrew von Hirsch,⁶ las teorías del merecimiento se han hecho más recientemente muy influyentes en Gran Bretaña. Usando las nociones clásicas del libre albedrío, la responsabilidad moral y la culpabilidad, la teoría del merecimiento cosifica las correspondientes nociones de censura y sanción como la respuesta “justa” a la conducta infractora. Dentro de este marco, que reivindica calificar la gravedad del delito con el fin de que sanciones de gravedad comparable pueden aplicarse. En Gran Bretaña muchos académicos, especialmente Andrew Ashworth, han acogido con satisfacción el intento hecho por la teoría del merecimiento de desarrollar un enfoque coherente y estructurado para la sentencia y han aplaudido el movimiento hacia la certidumbre y la coherencia en la imposición de sanciones que se dice promover.⁷ Los primeros defensores de la teoría del merecimiento preveían que serviría para delimitar los niveles de castigo, o incluso provocar una disminución general de las tarifas de las condenas. En cambio, desde el giro hacia el conservadurismo político en Gran Bretaña en la década de 1980, el retribucionismo de la teoría del merecimiento ha sido apropiado para atender la demanda de penas más duras para los delitos graves.⁸

Remplazando el prevalente ‘sistema de cafetería’ de opciones con un claro compromiso con la proporcionalidad, la Criminal Justice Act de 1991 fue aclamada como la legislación sobre sentencias más importante en 40 años.⁹ El Libro Blanco anterior nos aporta quizás la declaración más útil del objetivo del Gobierno en lograr “una mejor justicia a través de un enfoque más coherente de la sentencia, por lo que los criminales convictos obtienen su ‘justo merecimiento’” (sic).¹⁰ Al esbozar los objetivos de este nuevo sistema de sentencia, el

5 Ver Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice* (London: Weidenfeld and Nicolson, 1992) 66-68, para una discusión sobre el regreso a retribucionismo.

6 von Hirsch, *Past or Future Crimes* (Manchester: Manchester University Press, 1986); von Hirsch y Ashworth (eds), *Principled Sentencing* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1992); von Hirsch, *Censure and Sanctions* (Oxford: Oxford University Press, 1993).

7 Ashworth, *op cit* n 1, 350.

8 Hudson, *Justice through Punishment: A Critique of the ‘Justice’ Model of Corrections* (Basingstoke: Macmillan, 1987) 22.

9 Ashworth, *op cit* n 5, p 308. La Criminal Justice Act 1991, tanto en la s 2(l)(a) y la s 6(2)(b) afirman que la sentencia debe ser ‘proporcional a la gravedad del delito’.

10 Home Office, *Crime, Justice and Protecting the Public* (London: HMSO, 1990) 2.

Gobierno declaró que “el primer objetivo de toda sentencia es la denuncia de y el castigo por el delito” Al hacer esto, se buscó relegar a propósitos secundarios de este objetivo principal los de “protección pública, reparación y reforma del delincuente”.¹¹ Apenas la Ley entró en vigor,¹² no obstante, fue objeto de intensas críticas de sentenciadores que resentían la “camisa de fuerza” impuesta sobre el ejercicio de la discreción. Más polémico fue el requisito de que las penas proporcionales fuesen pronunciadas sin referencia a antecedentes penales previos del infractor. Bajo el ataque de magistrados, jueces y, más ferozmente, desde Lord Chief Justice Taylor, el Gobierno abandonó rápidamente su adhesión a la teoría del merecimiento.¹³ Apenas nueve meses después de la legislación de 1991 había entrado en vigor, la Criminal Justice Act de 1993, que una vez más dio a los sentenciadores la discreción para considerar las condenas anteriores.¹⁴

El abandono actual de la teoría del merecimiento en Gran Bretaña, probablemente se debe más a ciertas consignas políticas relativas a la independencia del poder judicial que a las dudas sobre su coherencia interna o capacidad para impartir justicia. Sin embargo, el retribucionismo no está exento de críticas por razones filosóficas, morales y, de hecho, sociales. La teoría del merecimiento se fundamenta en supuestos de elección moralmente libres e ignora el contexto social de desventaja estructural en el que muchos delincuentes actúan.¹⁵ De este modo, el énfasis en la proporcionalidad, busca desprender la justificación del castigo de teorías más amplias de justicia social. Por otra parte, a pesar de la importancia que se atribuye la proporcionalidad, se da poca orientación concreta acerca del nivel apropiado de sanción. Decir que una multa debe ser proporcional es inmediatamente atractivo. Aparece instintivamente la palabra “derecho” a que la pena no debe ser mayor o menor que lo merecido por el delito. Pero una reflexión más cercana plantea preguntas difíciles acerca de si se puede igualar con tanta facilidad la gravedad de un delito por un número de años de prisión, y menos aún con las innumerables formas y condiciones de libertad a prueba. El problema se hace especialmente grave respecto de los crímenes más complejos o difusos, como el fraude, el chantaje o el perjurio que están lejos de ser obvios en cuanto a lo que el castigo ‘proporcional’ podría parecerse.¹⁶ Por otra parte, el monto de la pena es siempre susceptible de

11 op cit n 10, p 6.

12 En octubre de 1992.

13 Algún sabor de estas críticas se puede extraer de la siguiente cita de un editorial contemporáneo en The Times: ‘la Ley de justicia penal no debe convertirse en un instrumento para la represión legal de sentido común... Los problemas que afligían a la Ley de Justicia Penal en su primeros seis meses ilustran la diferencia entre las directrices sensatas y prescripción rígida... la balanza de la justicia no puede reducirse a un algoritmo,’ The Times, 23 de marzo de 1993.

14 Se ha argumentado que las disposiciones de la Ley de 1993 proporcionan sentenciadores con mayor discreción de la que disfrutaban con anterioridad a la Ley de 1991: véase Thomas, “Custodial Sentences: The Criterion of Seriousness,” Archbold News (London: Sweet & Maxwell, 1993).

15 Hudson, op cit n 8.

16 Lacey, State Punishment (London: Routledge, 1988) 17 Las dificultades que entraña llegar a un cas-

cambiar en función de criterios externos tales como consideraciones de políticas, la disponibilidad de recursos y la prioridad dada a los gastos de justicia penal. Así, si bien el justo merecimiento puede proporcionar un marco para el orden y coherencia internos, la escala en sí es susceptible a presiones políticas, morales y económicas externas. El peligro es que lo merecido, lejos de la introducción de la objetividad e imparcialidad en el castigo, va a crear un marco de sentencia muy acorde con la mera política imperante.¹⁷ Por último, y quizás lo más fundamental, la teoría del merecimiento deriva de las nociones del siglo XVIII de la justicia divina, que, inevitablemente, no abordan muchos de los problemas de orden social que a partir de finales del siglo XX la justicia penal es llamada a regular.¹⁸

B El Renacimiento de la Justicia Reparativa

El renacimiento de la justicia reparatoria deriva su ímpetu de una temprana tradición histórica, remontándose a los orígenes del derecho anglosajón, cuando se hacía poca distinción entre los males públicos y privados. Ambos fueron tratados por un sistema para obtener una reparación compensatoria a través de pagos monetarios conocidos como ‘bot’ cuya suma era fija de acuerdo con la naturaleza y el alcance del daño causado.¹⁹ Sólo con el crecimiento de la jurisdicción real en el siglo XII fue la restauración directa a la víctima subordinada a los propósitos más amplios de asegurar la ‘Paz del Rey.’²⁰ Los crímenes se diferenciaron de otros males sociales bajo el argumento de ser tan graves que ofenden no sólo los intereses de la víctima, sino también al rey y la comunidad. En consecuencia, los derechos de la víctima a una compensación fueron usurpadas por las multas que deben pagarse a la Corona y las disculpas personales fueron suplantadas por las demandas de expiación a Dios. Con el tiempo, el propósito restaurativo original del ‘bot’, la solicitud de la víctima por reparación y, de hecho, el interés del delincuente en hacer el bien ha sido

tigo proporcional por estos crímenes “más complejas” son reconocidos incluso por los teóricos de la compensación; ver von Hirsch y Jareborg, ‘Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis’ (1991) 11 OJLS 34.

- 17 von Hirsch ha argumentado que ‘una teoría de la sentencia no puede, como Canute, detener las que aumentan: cuando las presiones de ley y orden en una jurisdicción en particular son lo suficientemente fuertes, las penas se elevarán, y ninguna teoría penal puede detener eso’; von Hirsch, ‘The politics of “Just Deserts”’ (1990) Canadian Journal of Criminology 402. Queda la posibilidad, sin embargo, que la teoría del merecimiento sea particularmente susceptible a este tipo de presiones.
- 18 Como argumenta Fattah, la creencia en un Dios vengador que se satisface sólo cuando el delito es satisfecho con la imposición del dolor equivalente tiene poca resonancia en nuestra sociedad cada vez más secular; Fattah, op cit n 3.
- 19 Roebuck, *The Background of Common Law* (Oxford: Oxford University Press, 1988) 29.
- 20 Greenberg, ‘The Victim in Historical Perspective’ (1984) 40 Journal of Social Issues 79.

sumergido eficazmente bajo los propósitos sociales más amplios por mantener el orden.

Sólo a finales del siglo XX los defensores de la justicia reparativa han revivido el argumento de que el crimen debe ser visto no sólo como un mal contra la sociedad, sino también como un conflicto entre el agresor y la víctima que requiere solución.²¹ Particularmente influyente fueron las demandas de Nils Christie que el sistema de justicia penal reconozca y restaure los derechos de propiedad de los participantes en 'su' conflicto.²² Pero se podría ir más allá y afirmar que no sólo el Estado se ha "apropiado" el conflicto, sino que por el artificio del lenguaje jurídico ha transformado el drama y la emoción de la interacción social y la lucha en categorías técnicas que se pueden someter a las prácticas de orden del proceso penal. Esta pequeña proporción de conflictos que entran en el sistema de justicia penal se someten a un elaborado proceso de investigación, clasificación y juicio por la policía, abogados y jueces por medio de los cuales son convertidos para adaptarse a las categorías jurídicas del delito. El proceso de justicia penal puede así ser visto como un medio de conflictos reenvasado con el fin de que sean susceptibles de regulación legal. El sistema adversarial promueve distancias y vapulea las dos partes [el uno del otro], mientras los altos estándares de evidencia exigen una absoluta atribución de culpabilidad. Las relaciones íntimas entre muchas de las víctimas y delincentes involucrados en delitos contra las personas,²³ la confusa distribución del estatus de la víctima y del delincuente y de la responsabilidad causal que son contrarios para lograr una condena, se ven disminuidos y negados.²⁴

Por tanto, el renacimiento de la justicia reparativa puede ser visto en parte como una rebelión contra el dominio de la ley y la reafirmación de los derechos populistas de participación. La proliferación de la investigación académica sobre las víctimas ha contribuido a este debate.²⁵ Y las encuestas de actitud públicas han sido particularmente influyentes en la revelación de que muchas víctimas darían la bienvenida a la oportunidad de buscar alguna reparación de, o incluso la reconciliación con, 'su' ofensor en lugar del castigo tradicional.²⁶ Estos resultados llegan en un momento en que la confianza en el sistema de justicia penal para 'hacer algo' por el crimen es baja. La desilusión entre mu-

21 Wright, *Justice for Victims and Offenders* (London: Sage, 1991).

22 Christie, 'Conflicts as Property' (1977) 17 *Brit J Criminology* 1.

23 Fattah, *Understanding Criminal Victimization: An Introduction to Theoretical Victimology* (Canada: Prentice-Hall, 1991) ch 7.

24 McBarnett, *Conviction: Law, the State and the Construction of Justice* (London: Macmillan, 1981).

25 Por ejemplo, Shapland et al, *Victims and the Criminal Justice System* (Aldershot: Gower, 1985); Maguire and Pointing (eds), *Victims of Crime: A New Deal?* (Milton Keynes: Open University Press, 1988); Morgan and Zedner, *Child Victims: Crime, Impact and Criminal Justice* (Oxford: Oxford University Press, 1992). Para un resumen, ver Zedner, 'Victims', en Maguire, Morgan y Reiner (eds), *The Oxford Handbook of Criminology* (Oxford: Oxford University Press, 1994).

26 Hough y Moxon, 'Dealing with Offenders: Popular Opinion and the View of Victims' (1985) 24 *The Howard Journal* 160.

chos académicos, responsables políticos y profesionales de la justicia penal con el paradigma existente del castigo alimentó las esperanzas de que algo bueno podría lograrse compensando a las víctimas por los daños sufridos.²⁷ Políticamente también, la justicia reparativa ha atraído un amplio apoyo de todo el espectro. Los de la izquierda ven la indemnización a las víctimas como una extensión natural del seguro nacional y como un corolario importante del bienestarismo. El interés conservador se ha caracterizado como la representación de la cara más suave del ‘lobby de ley y el orden’, aunque hay que señalar que la imagen del merecimiento de la víctima también ha sido utilizada con eficacia como causal para exigir penas más duras. De manera más general, el respaldo financiero dado a Victim Support, a través de los planes de compensación, mediación y reparación por parte del gobierno conservador durante la década de 1980 se ha visto como totalmente coherente con su búsqueda más amplia de la ‘comunidad’ perdida.²⁸

Los argumentos presentados para incorporar elementos de reparación en el sistema de justicia penal son en su mayor parte pragmáticos y económicos. En el nivel más básico, la justicia reparativa se apoya sobre la base de que es funcional para el Estado asegurar el pago de la indemnización o el apoyo a otras modalidades que busquen reparar el daño causado por el delito. En la medida en que las acciones reparativas son percibidas por las víctimas como teniendo efectos deseables, éstas reducen la posibilidad de que una víctima contrariada tome la ley en sus propias manos para pedir reparación. En el mismo sentido, también disminuyen la probabilidad de que las víctimas estén tan descontentas que ellas mismas recurran a la delincuencia. Por otra parte, la perspectiva de la reparación puede alentar a las víctimas a denunciar los delitos, a cooperar con la policía y comparecer en juicio, y por ende el aumento de la eficacia del proceso de justicia penal.²⁹ Dado que la gran mayoría de los crímenes son detectados sólo con la ayuda del público, debiera ser aconsejable alentar estas formas de cooperación.

Una variante consecuencialista sobre este punto de vista es el reconocimiento de que al costo social de la delincuencia se añaden los costos adicionales del castigo. Los costos financieros de los castigos tradicionales (sobre todo de prisión) para el contribuyente o para la sociedad en general, son una carga pesada. En la medida en que estas sanciones se consideran un fracaso sus costes son injustifi-

27 Este enfoque también planteó preguntas acerca de la responsabilidad del Estado para indemnizar a las víctimas y fue instrumental en el establecimiento de las Criminal Injuries Compensation Board (Junta de Compensación por Lesiones causadas por la Delincuencia), en 1964. La provisión de indemnización financiada por el Estado tiene poco que ver, sin embargo, con las cuestiones relativas a los fines de la pena discutidos aquí.

28 En 1990, el Gobierno británico anunció la “Victim’s Charter”, que reafirmó los derechos de las víctimas, entre otras cosas, a la indemnización del delincuente y el Estado. Aunque debería ser notado que con estos derechos vienen también nuevas responsabilidades, ver Miers, ‘Las responsabilidades y derechos de las víctimas’ (1992) MLR 482.

29 Aunque la consecuencia última de la completa cooperación de la víctima podría ser que el sistema de justicia penal se vuelva imposible con una sobrecarga de casos.

cables. Las penas reparadoras, por el contrario, disminuyen la carga financiera para el contribuyente y, además, transfieren la carga al delincuente (a través de los pagos de multas y órdenes de compensación y mediante el servicio comunitario). El costo del proceso de justicia penal para las víctimas es también reconocido: se requiere que las víctimas gasten mucho tiempo y energía en denunciar los delitos y ayudar a las investigaciones policiales. Para algunos, existe el trauma adicional de ser requerido para prestar declaración como testigo ante el tribunal. La reparación, se argumenta, reconoce la dependencia del sistema de justicia penal en las víctimas, ya sea asegurando que reciban una compensación económica por parte del delincuente, 'pagando' por su cooperación o compensándolos por la 'victimización secundaria' adicional que haya sufrido a manos del sistema de justicia criminal. Por último, los defensores de la reparación sugieren que los costos sufridos por el autor del delito (el estigma de la condena, las penas de prisión, las desventajas con que enfrentaron la liberación después de la detención) son excesivamente complicados y contraproducentes. Se argumenta que las sentencias reparativas serían no sólo una carga menor que la pena para el delincuente, sino que ofrecen la posibilidad de condenas constructivas con mirada de futuro. Hacer el bien, ya sea a través de una indemnización monetaria u otra actividad reparativa, también es aplaudido por tener ventajas psicológicas sobre las sanciones retributivas tradicionales. La reparación, se argumenta, alivia los sentimientos de culpa y alienación del autor del delito que podrían precipitar nuevos delitos. El efecto se dice es restaurativo, no sólo en la víctima sino también para el infractor, lo que aumenta su sentido de autoestima y ayuda a la reintegración.³⁰

Estos propósitos pragmáticos son en gran parte indiscutibles, la controversia existe fundamentalmente como consecuencia de las dudas sobre la capacidad de reparación para alcanzarlas. La reorientación teórica que plantea planes reparativos plenamente desarrollados es más complicada. Tal plan exigiría el abandono de la culpabilidad del delincuente como el foco central de la sentencia y, en su lugar, prestar mucha más atención a la cuestión del daño. Sería concebir a los delitos menos que las infracciones voluntarias de un código moral abstracto consagrado en la ley, pero aún más importante, como señal de disfunción social infringiendo daño a las víctimas (y quizás también a los delincuentes), así como a la sociedad. De acuerdo con este punto de vista, la justicia penal debe preocuparse menos de censurar los quebrantadores de códigos y centrarse en el proceso de restaurar daños individuales y reparar vínculos sociales rotos.³¹ En lugar de enfrentar el dolor con la imposición de más dolor, un sistema verdaderamente reparativo buscaría la restauración integral de la comunidad. Necesariamente también desafía la pretensión única del Estado para responder a la delincuencia y en cambio invita (o tal vez demanda) la participación de la comunidad en el proceso de restauración.

Mientras los primeros defensores de la justicia reparativa la aclamaron como un nuevo paradigma que debía reemplazar el modelo existente del castigo,

30 Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989).

31 Van Ness, *op cit* n 2.

tales declaraciones suenan más bien vacías hoy en día. Cada vez más, las demandas por un paradigma completamente nuevo se han abandonado en favor de la discusión más moderada sobre las posibilidades de integración reparativa en el plan retributivo imperante. A nivel de la práctica, el sistema de justicia penal siempre ha acogido una variedad ecléctica de objetivos e iniciativas, pero a nivel teórico esta apuesta por la reconciliación ha encontrado resistencia. ¿Es acaso la justicia reparativa nada más que un “patito feo” conceptual en el nido del derecho penal?³²

C ¿Qué es la Justicia Reparativa?

Antes de pasar a considerar la relación en detalle entre reparación y retribución, vale la pena hacer una pausa para reflexionar sobre qué es exactamente lo que se entiende por justicia reparativa. Porque, si bien es cierto, ha atraído a muchos defensores, está lejos de ser claro que compartan una visión común en cuanto a su forma y propósito.³³ La tendencia del “movimiento” hacia la justicia reparativa (si se puede llamar así) para adoptar un abanico de posibilidades se refleja en la calidad resbaladiza del lenguaje utilizado para transmitir sus conceptos clave. “Hacer el bien” es sugestivo sólo de la restauración a la víctima y transmite poco de lo que la participación en esquemas reparativos puede significar para el delincuente. “Compensación” sugiere un propósito civil, análogo a los daños y se pierde el carácter penal inherente a tales disposiciones. “Mediación” pretende estar orientado hacia la resolución de conflictos, pero comúnmente se refiere a los proyectos que a menudo están más preocupados de desviar a los delincuentes de la fiscalía o de mitigar su castigo que en tener en cuenta los intereses de la víctima.³⁴ La “Restitución” parece ser demasiado limitada, lo que sugiere un poco más que la devolución de la propiedad o su equivalente financiero a la persona de la que fue tomada ilegalmente.³⁵ De este modo, se tiende a confundir las funciones del derecho civil y penal.

La “reparación” no es sinónimo de la restitución, menos aún sugiere una importación directa de lo civil en el derecho penal. La reparación debe connotar correctamente un conjunto más amplio de objetivos. Ella involucra más que ‘hacer bien’ al daño hecho a la propiedad, el cuerpo o la psiquis. También debe implicar el reconocimiento del daño causado a la relación social entre el ofensor y la víctima, y el daño causado a los derechos sociales de la víctima

32 Una pregunta formulada por Campbell, ‘Compensation as Punishment’ (1984) 7 Univ. New South Wales LJ 338.

33 Cavadino y Dignan han desarrollado una tipología que abarca seis posibles modelos de justicia reparativa (modelo convencional con elementos limitados de reparación; ‘modelo alocución de la víctima’; modelo de desvío; modelo separatista; modelo híbrido encabezado por el tribunal, y modelo de ‘justicia restaurativa’ integrada), op cit n 4, p 4.

34 Davis, *Making Amends: Mediation and Reparation in Criminal Justice* (London: Routledge, 1992).

35 Hodgson Committee, *Profits of Crime and their Recovery* (London: Heinemann, 1984) 5.

en su propiedad o persona. De acuerdo con Davis, la reparación ‘no debe ser vista residiendo únicamente en la oferta de la restitución; la reparación adecuada también debe incluir algún intento de reparar la pérdida de la víctima de la presunción de seguridad en sus derechos.’³⁶ Esta forma de pensar hace eco, de manera consciente o no, del concepto de ‘dominio’ desarrollado por *Braithwaite y Pettit*.³⁷ Para que el dominio sea restaurado, lo que se busca es alguna evidencia de cambio en la actitud, alguna expresión de arrepentimiento que indique que se respetarán los derechos de la víctima en el futuro. El logro de este cambio de actitud puede implicar que el delincuente acepte adquirir una capacitación, asesoramiento o terapia y, como tal, estos pueden ser vistos como parte de la justicia reparativa. Una disculpa forzosa o el pago obligatorio de una indemnización no será suficiente; de hecho, puede incluso ser contraproducente para provocar un verdadero cambio de actitud en el delincuente. Pero ¿es la “reparación simbólica” suficiente? Según Braithwaite, si la reparación es demasiado barata debe estar respaldada por una retribución material.³⁸ Aceptar la visión de Braithwaite, las distinciones hechas entre lo material y no material o reparación simbólica tiende a perder importancia. Pareciera que en la mayoría de los casos para alcanzar la completa reparación se requerirá alguna mezcla de los dos. Examinemos cada uno de ellos.

La forma más obvia y concreta de justicia reparativa es la compensación.³⁹ La compensación monetaria reconoce el hecho de que la delincuencia priva a la víctima de los medios para perseguir opciones de vida: se busca reconocer la privación y restaurar el acceso ya sea a los medios que se les ha negado o a medios alternativos comparables. Las órdenes de compensación pagaderas por el delincuente fueron introducidos por la Criminal Justice Act de 1972, que dio a los tribunales la facultad de hacer un pedido complementario de indemnización, además de la pena principal en casos en los que existió “lesión, pérdida o daño”. Diez años más tarde, bajo la Criminal Justice Act de 1982, se hizo posible solicitar compensación como única sanción contra un delincuente. Cuando se piden multas e indemnización juntas, la Act de 1982 requiere que el pago de la compensación debe tener prioridad sobre la multa. La importancia dada a la compensación se vio reforzada en virtud de la Criminal Justice Act de 1988, que exigía a los tribunales considerar la posibilidad de una orden de compensación en todos los casos de muerte, lesiones, pérdidas o daños y, cuando el tribunal no dio esa orden, debe proporcionar razones para no hacerlo.⁴⁰ Sigue

36 Davis et al, Preliminary Study of Victim-Offender Mediation and Reparation Schemes in England and Wales (London: Home Office RPU, 1987) 7.

37 ‘Un agente goza de libertad negativa... si y sólo si él está exento de las restricciones impuestas por la intencional o por lo menos reprobables acciones de los demás en la elección de ciertas opciones’; Braithwaite y Pettit, op cit n 2, p 61.

38 Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989).

39 Para una amplia discusión sobre el papel y la forma de compensación, consulte Miers, *Compensation for Criminal Injuries* (London: Butterworths, 1990).

40 En 1991, el 58 por ciento de los delincuentes sentenciados en cortes magistrales ‘por delitos de violencia, el 37 por ciento por asalto, el 40 por ciento por robo, el 51 por ciento para fraude y

habiendo dificultades en la determinación de lo que constituye un motivo razonable para no hacer una orden de este tipo o, cuando se hace una orden, para determinar el grado de daño causado y por lo tanto el nivel de la indemnización. En la práctica, las órdenes de compensación se establecen con referencia a la capacidad de pago del infractor y, dado que la mayoría de los delincuentes son de escasos recursos, rara vez dan lugar a la restauración completa. En la medida en que la reparación también busca promover la reintegración del delincuente, seguramente sería contraproducente amontonar cargas intolerables sobre él. Aunque al tratar de abarcar tanto la reintegración y la rehabilitación de forma simultánea, la justicia reparativa está necesariamente dividida por las tensiones, no debemos ver estos objetivos como en competencia o necesariamente en conflicto: son más bien las dos caras de la misma moneda.

Menos tangible pero no menos importante es lo que podríamos llamar “reparación simbólica”. Esta podría ser una disculpa hecha por el delincuente a la víctima u otros intentos de reconciliación. Aquí la reparación es “simbólica” ya que no implica la restitución de dinero o bienes materiales. Los defensores de la justicia reparativa argumentan que si la disculpa no es meramente un gesto vacío sino uno que transmite remordimiento y un verdadero cambio de actitud, entonces dicha reparación simbólica es tan importante como las devoluciones más tangibles.⁴¹ La mediación busca proveer una manera para que las partes resuelvan las controversias sin recurrir a los caprichos de los tribunales. Su objetivo es permitir a ambas partes mantener el control sobre la disputa y poder expresar sus quejas bajo la supervisión de un mediador, ya sea un profesional capacitado o de un voluntario lego.⁴² En teoría, el mediador actúa sólo como conducto y lo ideal es alcanzar cualquier solución que sea por el mutuo acuerdo de las dos partes. En la práctica, la forma y la organización de los planes de mediación varían considerablemente y vale la pena examinar más de cerca su desarrollo y forma.

Uno de los primeros planes de mediación de Gran Bretaña surgió de un grupo de discusión creado por Philip Priestley en 1969 en nombre de NACRO.⁴³ Esta

falsificación, y el 58 por ciento por daños criminales fueron condenados a pagar una indemnización. En general, el 26 por ciento de los delincuentes condenados por delitos graves en tribunales magistrales recibieron la orden de pagar una indemnización. En los tribunales de la Corona, las cifras fueron más bajas - sólo el 12 por ciento de esos sentenciados (en parte debido a las órdenes de indemnización no se suelen combinar con penas privativas de libertad). Las cifras comparables de las ordenadas a pagar una indemnización son proporcionalmente más bajas: el 25 por ciento de por violencia, el 8 por ciento en el caso de robo, el 18 por ciento por fraude y falsificación, y el 19 por ciento por daños criminales. Barclay, *Digest 2: Information on the Criminal Justice System in England and Wales* (London: HMSO, 1993) 20.

41 De hecho, Launay afirma que “las víctimas británicas de delitos son reacias a aceptar reparaciones materiales de sus autores y están por lo general satisfechas con sus explicaciones y disculpas”: Launay, ‘Victim-Offender Conciliation’ y McGurk et al *Applying Psychology to Imprisonment: Theory and Practice* (London: HMSO, 1987) 12.

42 Davis, op cit n 34; Davis et al, op cit n 36.

43 La National Association for the Resettlement and Care of Offenders.

iniciativa busca proporcionar un foro en el que las víctimas y los delincuentes pudieran expresar sus puntos de vista y sentimientos. Sin embargo, muchos planes de mediación y reparación anteriores, estaban tan preocupados por desviar al infractor de la sanción como con los intereses de la víctima.⁴⁴ La reparación “al servicio de la *diversion*” ha salvado al infractor de las penas del castigo y ha reducido la siempre creciente carga de los tribunales.⁴⁵ Las primeras iniciativas comenzadas por la *Juvenile Liaison Bureaux* [Oficina Juvenil de Enlace] (por ejemplo, en Devon y Northamptonshire) estuvieron centradas principalmente en los jóvenes delincuentes. Utilizados junto con las amonestaciones policiales, estos planes han sido dirigidos a promover la desviación de los jóvenes delincuentes fuera del sistema de justicia penal. Era menos claro qué beneficios proporcionaba a las víctimas. La *National Association of Victim Support Schemes* [Asociación Nacional de Sistemas de Apoyo a las Víctimas],⁴⁶ en calidad de voz de presión de las víctimas, fue especialmente cautelosa acerca de los beneficios de la mediación para las víctimas y se mantuvo reacia a dar apoyo incondicional.

La década de 1980 vio varios importantes acontecimientos en la promoción de programas reparativos. Los servicios de libertad condicional fueron instrumentales en el establecimiento de planes locales de mediación, la primera fue en South Yorkshire y en West Midlands en 1983.⁴⁷ Aquellos que tratan de promover planes de mediación y reparación se unieron en 1984 para fundar una entidad organizadora central -FIRM (Foro de Iniciativas para Reparación y Mediación).⁴⁸ En 1984, el entonces Ministro del Interior Leon Brittan acordó financiar una serie de proyectos de reparación en Cumbria, Leeds, Wolverhampton y Coventry, con carácter experimental. Estos y otros programas voluntarios toman una variedad de formas. La mayoría busca lograr algún tipo de comunicación entre la víctima y el agresor (aunque no necesariamente cara a cara) con un mediador (a menudo un oficial de libertad a prueba). Sus objetivos también varían desde simplemente proporcionar un conducto de comunicación que permita a las partes comprenderse mejor el uno al otro, hasta la obtención de una disculpa o alguna forma tangible de restitución por parte del delincuente (a menudo con la esperanza de una sentencia reducida, a cambio), alcanzar la resolución del conflicto o incluso la reconciliación.⁴⁹

44 Davis, op cit n 34, p 23.

45 Davis et al, 'Reparation in the Service of Diversion: The Subordination of a Good Idea' (1988) 27 *The Howard Journal* 129.

46 NAVSS desde entonces ha sido relanzado como apoyo a las víctimas.

47 Aunque dado el papel del servicio de libertad condicional, no es de extrañar que estos primeros planes se centraran principalmente en el delincuente.

48 Más tarde relanzado como *Mediation UK*.

49 Davis et al, op cit n 36 Un estudio realizado por el Ministerio del Interior durante dos años (1985-1987). reveló que en seis planes que tratan con menores advertido por la policía, el 57 por ciento de todos los acuerdos involucrados una explicación y una disculpa con poco más de 25 por ciento la participación material de reparación. Marshall, "Victim Offender Mediation, '30 HORS Research Bulletin (London: HMSO, 1991) 9.

La mediación puede ser introducida en el proceso de justicia criminal en varios puntos. Algunos sistemas funcionan principalmente como agentes de desvío en la etapa de pre-procesamiento, por ejemplo, la policía puede emitir una advertencia oficial, pero recomendando la mediación.⁵⁰ La mayoría de los planes de pre-procesamiento se organizan por la Oficina Juvenil de Enlace como un medio de desviar los delincuentes juveniles de la corte.⁵¹ Otros pueden estar radicados en el tribunal que prevé la mediación antes de un procedimiento judicial o en un receso antes de la sentencia. En Inglaterra y Gales, es posible que el fiscal o el tribunal suspendan, pero no aplacen, un caso en sus etapas preliminares y recomiendan la mediación.⁵² En Escocia, el Procurador Fiscal podrá aplazar los casos para mediación, siempre que se considere de suficiente gravedad como para merecer el enjuiciamiento. Sin embargo, otro tipo de mediación se introduce después de la sentencia, pero antes de la condena.⁵³ Por último, la mediación puede tener lugar después de la sentencia, por ejemplo en relación con el tratamiento intermedio, como una condición de libertad condicional o servicio comunitario, o (más raramente) en una pena de prisión. Este último tipo de plan de mediación se desarrolló en el centro de detención de menores en Rochester, Kent.⁵⁴ Bajo el llamado Programa de Conciliación de Víctimas y Delincuentes (VOIC), los jóvenes delincuentes que cumplen condenas por robo en casas se reúnen con víctimas de tales robos, en grupos en sesiones de una hora y media durante tres semanas para discutir el impacto del delito.

Los escépticos siguen cuestionando si los sistemas de mediación pueden alguna vez realmente funcionar correctamente 'a la sombra de la corte.' El Victim Support ha advertido sobre la carga adicional -en términos de tiempo, energía y buena voluntad-, que la mediación puede provocar en las víctimas.⁵⁵ Como consecuencia de ello, su desarrollo ha sido lento. En 1990 sólo había catorce planes de mediación en operación. En el período de consultas previo a la Ley de 1991, el Gobierno estaba ansioso por recoger las actitudes hacia planes que provocaron reparación directa, ya sea por algún servicio personal o una disculpa a la víctima. Ellos encontraron que los planes de reparación basados en la corte, en particular, gozaron de 'poco apoyo... a menudo se confundió si

50 Como en Exeter, Londres, Corby y Northamptonshire.

51 Davis et al, op cit n 36, p 3.

52 Aunque bajo s 23 de la Prosecution of Offences Act de 1985, el acusado puede pedir que el procesamiento sea continuado: Wright, op cit n 21, p 86.

53 Como en los esquemas financiados por el Home Office (Ministerio del Interior) establecidos en Leeds, Coventry y Wolverhampton o esquemas financiados localmente en Rochdale, South Glamorgan, South Yorkshire y Southampton. La mayoría de los esquemas basados en los tribunales tratan con delincuentes adultos de menor gravedad que comparecen en el tribunal de primera instancia; la excepción es el esquema de Leeds, establecido explícitamente para tratar con delincuentes mayores.

54 Launay, 'Bringing Victims and Offenders Together: A Comparison of Two Models' (1985) 24 The Howard Journal 200.

55 Reeves, 'The Victim and Reparation' (1984) 31 Probation Journal 136.

la reparación fue en beneficio de la víctima como forma de rehabilitación del delincuente.⁵⁶ Por otra parte, se comprobó que las víctimas se sentían presionadas a cooperar, una consecuencia que el Gobierno consideraba totalmente indeseable. Como resultado, ‘el Gobierno ha llegado a la conclusión de que la reparación a las víctimas no debe ser un requisito de las órdenes realizadas por los tribunales’.⁵⁷ Esta disminución de la ayuda a nivel del gobierno central ha atenuado, pero ciertamente no ha erradicado, el entusiasmo por la mediación en el ámbito local.

La mediación, como hemos visto, es modelada (incluso declarada) como la reunión de dos individuos para expresar sus puntos de vista y buscar una solución. Pero ¿qué es lo que debería ocurrir, por ejemplo, cuando el infractor es una gran empresa y la víctima es la comunidad? ¿Quién debe hablar por ellos? El problema de la falta de ‘voz autorizada’ para hablar en nombre de un grupo ha sido reconocido por Fiss con respecto a la resolución de conflictos civiles: no es menos acuciante en los casos penales.⁵⁸ El problema es particularmente grave cuando la víctima es una ‘entidad social nebulosa’,⁵⁹ así como una minoría étnica o grupo racial sujeto quizá a un persistente daño criminal, abuso y agresiones, pero que no tienen una estructura organizacional formal y carecen de procedimientos para generar una auténtica voz autorizada. ¿Es posible imaginar un modelo de justicia reparativa que pueda tratar adecuadamente dicho problema? Los defensores de la justicia reparadora podrían responder de dos maneras. En primer lugar, no es difícil pensar en maneras en que un representante puede ser elegido para hablar en nombre del grupo de víctimas. Tampoco debe la mediación adoptar necesariamente la forma de negociación bilateral; más bien, podría reunir a las distintas partes en un grupo de discusión.⁶⁰ En segundo lugar, incluso si hay problemas de quién debe hablar, por lo menos el modelo reparativo reconoce el derecho de las partes a conservar alguna voz sobre la resolución. En el tribunal a ninguna de las partes le es permitida una voz distinta en la medida que su conocimiento se considere legalmente pertinente para establecer los hechos del caso. Se podría argumentar que cualquier voz es mejor que no tener voz.

Se argumentó anteriormente que es teóricamente deseable que la reparación conlleve ya sea elementos materiales como simbólicos. Afortunadamente, parece ser que en la práctica la dicotomía entre la reparación material y no material es raramente tan completa como puede parecer a primera vista. Las sumas pagadas en compensación rara vez se acercan al valor real de la pérdida sufrida y la importancia del pago a menudo puede ser sólo simbólica. A su vez, la mediación puede conducir a acciones prácticas para reparar el daño hecho, y por

56 Home Office, op cit n 10, p 24.

57 Ibid.

58 Fiss, ‘Against Settlement’ (1984) 93 Yale L Rev 1078.

59 Ibid.

60 Al igual que en el programa VOIC discutido anteriormente.

lo tanto su impacto es también material.⁶¹ Hasta aquí todo bien, pero la pregunta sigue siendo en qué proporciones los elementos reparativos simbólicos y materiales (o tal vez mejor, los psicológicos) deben aplicarse y quién debe determinar la naturaleza y el monto de estos ingredientes.⁶² El peligro es que, sin una cuidadosa consideración de cuestiones como éstas, la “receta” para la reparación sigue siendo difícil de alcanzar.

D ¿Es la Reparación Compatible con el Castigo?

Hasta ahora hemos explorado el caso para la justicia reparativa y la forma en que mejor podría realizarse. Pero si sus objetivos se deben alcanzar en el terreno del proceso penal, se plantea la cuestión de si, o en qué medida, la reparación puede cumplir plausiblemente los fines del castigo.⁶³ Para responder a esto tenemos que hacer preguntas más básicas sobre la naturaleza del castigo y los principios sobre los que se debe aplicar. Este no es el lugar para investigar los fundamentos filosóficos del derecho penal ni para explorar extensamente las teorías del castigo. Es suficiente reconocer que ciertos elementos básicos del paradigma imperante deben cumplirse si la reparación es llamada a tener un lugar en él. Estos incluyen: primero, la imposición de ‘dolor’;⁶⁴ segundo, que la sanción se invoca en respuesta a los males sociales (delitos); y, tercero, que se aplica a los delincuentes culpables. La justicia reparativa debe satisfacer cada uno de estos elementos si se va a escapar de la etiqueta de ‘patito feo conceptual’. Examinemos estos elementos.

(a) Cualidad Punitiva

Tal vez la objeción más contundente a la justicia reparativa es que no tiene ningún carácter penal intrínseco y que hacer cumplir responsabilidades civiles a través de los tribunales penales no es, en sí mismo, castigar. Lacey argumenta que ‘debe haber una cierta idea de pérdida adicional, inconvenientes o estigmatización a fin de preservar... una verdadera distinción entre el castigo y la compensación.’⁶⁵ En la medida en que una disposición se refiere exclusivamente a asegurar la compensación, su cualidad punitiva parece estar en

61 Por ejemplo, los jóvenes delincuentes que cometen actos de vandalismo pueden ser llamados a reparar el daño causado o a hacer otro trabajo práctico para la víctima.

62 Un punto similar es hecho por Ashworth y von Hirsch respetando la problemática relación entre el ‘reconocimiento y recompensa’ en la promoción de la justicia restaurativa de Braithwaite, ‘Desert and the Three Rs.’, 5 (1) *Current issues in Criminal Justice*.

63 Aunque esto plantea la cuestión de si una respuesta justa a la delincuencia debe necesariamente ser punitiva. Una crítica más radical del paradigma imperante bien podría desafiar el supuesto de que el comportamiento delictivo siempre debe satisfacerse mediante la imposición de más dolor con el fin de que se haga justicia.

64 O bien, ‘consecuencias desagradables’ en términos de Lacey op cit n 16, p 7.

65 *ibid* 35.

duda. En 1970, el Advisory Council on the Penal System apoyó órdenes de compensación por la sola razón de que era irrazonable esperar que la mayoría de las víctimas de delitos persiguieran las demandas por daños y perjuicios en los tribunales civiles.⁶⁶ Asimismo, el Comité Dunpark (1977), que examinó el papel de la compensación en el sistema escocés, llegó a la conclusión de que la restitución sólo podría justificarse sobre la base de ‘hacer algo por las víctimas’.⁶⁷ En opinión del Comité, las órdenes de compensación no tenían ninguna función penal, siempre y cuando haya más que un medio conveniente para solucionar las demandas civiles en el proceso penal. En 1974 la Corte de Apelación los describió como ‘un medio rápido y conveniente de evitar el gasto de recurrir a un litigio civil’.⁶⁸ Sin duda, el argumento para el pragmatismo tiene algunos méritos. Es una carga innecesaria en tiempo y recursos de las víctimas esperar que sigan una demanda por separado a través de los tribunales civiles. Tampoco tiene buen sentido administrativo o económico exigir que un tribunal independiente examine el caso completamente de nuevo. Por razones de eficacia, por lo tanto, la víctima se ahorra el esfuerzo de una acción civil para obtener reparación. Aceptar este punto de vista sería concluir que si bien la búsqueda de la reparación puede ser pragmática, es conceptualmente incoherente.

Es dudoso, sin embargo, si una orden de compensación puede ser vista, correctamente, como nada más que un instrumento civil cabalgando a costas de un juicio penal. A diferencia del dispositivo francés de la *partie civile*,⁶⁹ la compensación en la ley inglesa está integrada plenamente en el proceso penal y tiene el estatus formal de una sanción. Por otra parte, un cambio en la actitud de los tribunales es discernible. Una decisión de la Corte de Apelaciones en 1984 estableció que un tribunal penal puede hacer una orden de compensación contra el delincuente, incluso cuando no había derecho a demandar en los tribunales civiles.⁷⁰ El Presidente del Tribunal Supremo [the Lord Chief Justice] hizo hincapié en que a pesar de que las órdenes de compensación se usaban comúnmente como un medio fácil de asegurar que la víctima recibiera una indemnización sin el costo de recurrir a los procedimientos civiles, no era el caso de que ‘el recurso penal es el espejo de un recurso civil subyacente’. La implicación aquí es que las órdenes de compensación son una parte integral del proceso penal, justificable incluso donde no existía responsabilidad civil.⁷¹

66 Advisory Council on the Penal System, *Reparation by the Offender* (Widgery Report, 1970) para. 50.

67 Lord Dunpark, *Reparation by the Offender to the Victim in Scotland* (Edinburgh: HMSO, 1977) Cmnd 6802.

68 Scarman J in Inwood (1974) 60 Cr App R 70, 73.

69 O el Adhaesionsverfahren alemán, aunque curiosamente este dispositivo para la fijación de los procedimientos civiles en el proceso penal se utiliza muy poco; ver Mueller-Dietz, ‘Compensation as a Criminal Penalty?’ en Kaiser, Kury y Albrecht (editores), *Víctims and Criminal Justice* (Freiburg: Eigenverlag Max-Planck Institut, 1991) 202.

70 Chappell (1984) Cr App R 31.

71 Ver también Campbell, op cit n 32, para el desarrollo de esta vista. Cf. Att Gen ‘sRef No. 10 of 1992

Uno podría concluir que las órdenes de compensación no tienen un significado ‘dado’, pero pueden llegar a ser más o menos punitivas de acuerdo con la forma en que se imponen.

Es significativo también que las órdenes de compensación arrancan dinero que, en la gran mayoría de los casos, de otra manera, los delincuentes no habrían tenido que pagar. En primer lugar, la acción de repetición se produce sin costo financiero para la víctima. Y, en segundo lugar, el Estado cuenta con los mecanismos coercitivos para garantizar que el pago se haga realidad. En este sentido, se puede decir que la orden de compensación inflige un ‘dolor’ que es ‘adicional’ a lo que la ley civil exige. Estos factores también ayudan a asegurar que las órdenes de compensación sean percibidas tanto por los delincuentes y la sociedad como un castigo “real”. Pero el peligro aquí es que las órdenes de compensación operen como un castigo que nos puede llevar a la infeliz conclusión de que para el delincuente la orden de compensación no se diferencia de la multa y tiene poca o ninguna cualidad reparadora. Si el objetivo de restablecer a la víctima a una posición similar a la que existía antes del delito, se oscurece en la mente del agresor por la mordedura punitiva de la pena, entonces es poco probable que sus aspectos reintegrativos declarados sean efectivos.

La objeción de que la indemnización carece de “valor penal” se hace aún más difícil de mantener a la luz del hecho de que, desde 1973, ha sido posible imponer una compensación como única sanción.⁷² El estigma se adhiere a la condena, sea cual sea la sanción posterior y, cuando se ordena sólo una compensación, ésta es también acompañada por el vergonzante mecanismo del veredicto condenatorio. Haríamos bien en separar las nociones de censura y sanción. Es posible argumentar que el drama público del juicio, el nombramiento de un defensor y, en particular, la atribución formal de culpabilidad recorre un largo camino hacia el cumplimiento de los requisitos de censura. Una vez que por lo tanto se han cumplido las exigencias de la reprensión, ¿no es excesivo exigir que las sanciones penales también estén dotadas de la cualidad de censurar?⁷³

Con respecto a la mediación y la reparación, el tema de la cualidad punitiva se vuelve más complejo aún. Los puristas podrían argumentar que el delincuente tiene que entrar en el proceso por voluntad propia y participar voluntariamente en la búsqueda de un resultado. En la medida en que la participación es coaccionada, el impacto de reintegración de la mediación se puede perder. Pero este punto de vista se basa en alcanzar una solución que sea totalmente acordada por ambas partes. Si el infractor es un participante menos que voluntario, reacio y que ha estado de acuerdo a regañadientes y bajo presión, entonces

(R v Cooper) [1993] Crim. L.R. 631.

72 Powers of the Criminal Courts Act 1973, s 35(1).

73 La respuesta puede variar de acuerdo con el contexto social más amplio en el que opera el proceso de justicia penal. Sobre la relación entre la censura y la sanción, y los argumentos en contra de la adición de las sanciones o “tratamiento duro” para censurar, ver Narayan, ‘Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment’ (1993) 13 166 OJLS Ver también von Hirsch, op cit n 6, ch 2.

es más probable que él o ella dejarán de cumplir con la solución alcanzada. ¿Cómo, entonces, debe garantizarse el cumplimiento? ¿Deberían las agencias de mediación tener acceso a los plenos poderes coercitivos de la corte y, si tuvieran que hacerlo, no habría peligro de que la capacidad de reparación se viera socavada? Los defensores de la justicia reparativa podrían argumentar que la discusión sobre el cumplimiento es perder el punto clave de la mediación -que el resultado debe ser libremente acordado y sus términos voluntariamente alcanzados. La experiencia de mediación en otras áreas (por ejemplo, en la solución de conflictos familiares)⁷⁴ sugiere que haríamos bien, sin embargo, en seguir reflexionando sobre lo que debería ocurrir si los infractores no cumplen con su parte del trato. ¿Deben los delincuentes ser devueltos al tribunal como sucedería en caso de violación de cualquier otra sanción comunitaria, y, en caso afirmativo, por quién y con qué consecuencias?

(b) Reconocimiento del Mal Social

Como hemos visto, la apelación original ante la justicia reparativa se realiza a través de una evocación de una visión nostálgica de una comunidad obsoleta en la que los conflictos eran resueltos por las partes integrantes.⁷⁵ La práctica actual de mediación refleja este punto de vista y tiende a tratar el crimen como un asunto personal entre el agresor y la víctima. La mediación no sólo toma el conflicto privado como único objeto, sino que su contexto organizacional lo diferencia de los procesos simbólico públicos de la justicia penal. La mayoría de los planes promueven la mediación como alternativa a los procedimientos formales, como una manera de desviar al delincuente fuera de la persecución pública. Ellos organizan conversaciones entre las partes inmediatas sólo con la asistencia del mediador y protegen a sus participantes de la exposición mediática. Mientras que los defensores podrían argumentar que todas estas medidas están deliberadamente diseñadas para garantizar que las partes conserven un sentido de propiedad sobre 'su' diferencia, estas tácticas tienden también a pasar por alto los intereses más amplios en juego. Tienden también a desnudar el proceso de su poder para representar la desaprobación pública y para infligir vergüenza sobre el delincuente. En este sentido, se puede argumentar que la reparación, estrechamente concebida, no reconoce que no es sólo la víctima, sino también la sociedad la que ha sido perjudicada por la indiferencia mostrada a sus normas y la amenaza general que representa para el dominio público. Otra objeción es que para hacer una reparación a las víctimas identificables el objetivo primario de la justicia penal sería despenalizar efectivamente la masa de delitos 'sin víctimas'. El modelo de la mediación de un conflicto entre dos partes puede operar con cierta plausibilidad respecto de los crímenes interpersonales de violencia o robo, pero ofrece poco en términos de la resolución de delitos como infracciones de tránsito, vandalismo o delitos de orden público.

74 Roberts, 'Mediación de Disputas Familiares,' 46 MLR 537.

75 Christie, op cit n 22.

Es seguramente posible, sin embargo, proponer una concepción más amplia de la justicia reparativa que reconozca que los derechos vulnerados por la delincuencia no son sólo los de la víctima, sino que se mantienen socialmente comunes.⁷⁶ Es este el aspecto social que distingue a la delincuencia de los daños privados infligidos por responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, aun cuando no haya víctima identificable, una reparación a la comunidad en general por los daños reales o ‘peligro’ público es debida. ¿Es posible además que las formas reparativas de la justicia cumplan las funciones públicas (tanto el reconocimiento del mal social y de la humillación pública) exigidas por la infracción de la ley penal? Los defensores pueden legítimamente sostener que está fuera de lugar considerar la compensación y la mediación como el único medio para la reparación y que las sanciones como el servicio a la comunidad están en mejores condiciones para otorgar reparaciones a la comunidad en general. Uno puede entonces preguntarse hasta qué punto, o incluso, si la comunidad se siente ‘reparada’ por dichas actividades. Hasta que no haya una investigación empírica que ofrezca pruebas sobre el impacto psicológico del “servicio a la comunidad” en la comunidad en que pretende cumplirse, es probable que sea imprudente hacer afirmaciones sobre su cualidad reparadora más amplia. Incluso, proponer este tipo de investigación plantea preguntas sobre la misma entidad de ‘comunidad’ y si en realidad se refiere a más de la ubicación geográfica en la que la mediación, reparación u órdenes de servicio comunitario se llevan a cabo.

Si la justicia reparativa, como está concebida actualmente, no responde adecuadamente al mal social que se ha presentado, ¿es posible prever las modificaciones que le permitan cumplir mejor los propósitos públicos de castigo? Una de ellas sería abrirse al proceso de mediación, ya sea permitiendo que el público pueda observar los procedimientos, o permitiendo que los medios de comunicación informen sobre el proceso y el resultado. Esto cumpliría con el requisito de que el delito del delincuente sea conocido y censurado públicamente. El peligro de usar los medios como instrumentos de censura en esta forma es, no obstante, que, como Dignan ha señalado, ‘el tipo de avergonzamiento entregado a gran parte de los medios de comunicación es altamente estigmatizante y bien podría hacer más difícil el proceso de reintegración’.⁷⁷ Una versión más fuerte y tal vez más controlable de la participación pública sería elevar al mediador de la posición de intermediario en una negociación esencialmente bilateral a la de un tercero en representación del interés público. Si la mediación es responder adecuadamente al mal social que se ha hecho, entonces debe tomar la debida atención de los efectos sociales más amplios del juicio penal. Estos incluyen la reafirmación del orden normativo, el restableci-

76 Ver Watson, Boucherat and Davis, ‘Reparation for Retributivists’ en Wright and Galaway (eds), *Mediation and Criminal Justice* (London: Sage, 1989) 19. Ver también Braithwaite y Pettit, op cit n 2.

77 Dignan, ‘Reintegration through Reparation: A Way Forward for Restorative Justice?’ (trabajo inédito, presentado en el Coloquio Fulbright: Penal Theory and Penal Practice, University of Stirling, September 1992) 7.

miento de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, la interpretación y el desarrollo doctrinal del derecho y la política, e incluso la elaboración y el mantenimiento de la ideología legal.⁷⁸ Uno puede debatir cómo y hasta qué extremos de estos objetivos deben perseguirse, pero un sistema que en su totalidad no reconoció su lugar apenas podría merecer la etiqueta de la justicia penal.

(c) Respuesta a la Culpabilidad

Un tercer cargo establecido contra la justicia reparadora es que cambia el foco sobre el daño y, al hacerlo, los riesgos de ignorar la base fundamental de la responsabilidad penal por delitos graves *-mens rea* del delincuente. Ashworth ha argumentado que un enfoque reparador:

Ignora el elemento cardinal en delitos graves -la actitud mental del ofensor... La responsabilidad y el castigo penal del delincuente deben determinarse principalmente de acuerdo con la maldad o el peligro de la conducta del acusado: que debe depender de lo que él estaba tratando de hacer o pensaba que estaba haciendo, no sobre lo que realmente ocurrió en el caso particular.⁷⁹

Para hacer del daño el centro del debate se ignora la actual centralidad de la intención como el factor determinante del mal moral. Tentativas, conspiraciones, crímenes de conducta (como la conducción temeraria), delitos precursoros (como la posesión de armas de fuego o explosivos), el fraude y el robo (que no requiere más que la intención permanentemente de privar) están considerados como crímenes independientemente del daño causado. Algunas tentativas, más notablemente, los intentos de asesinato, son delitos graves que implican altos niveles de culpabilidad, aunque el daño físico causado puede ser insignificante. ¿No existe el peligro de que a un sistema penal predicado sobre la respuesta al daño le faltara mucho de lo que en la actualidad concebimos como delito?

Para responder a esta pregunta, debemos recordar que la gran mayoría de los delitos menores (y no tan menores) son delitos de responsabilidad objetiva [strict liability]. Aquí la exigencia de la responsabilidad moral durante mucho tiempo ha sido abandonada en el reconocimiento de la necesidad de regular y sancionar una amplia variedad de acciones socialmente perjudiciales.⁸⁰ Una evaluación de las estadísticas criminales canadienses conduce a Fattah a la dramática conclusión de que 'si bien el concepto abstracto de la culpa moral tiene todavía algunos defensores en la comunidad jurídica, ha perdido cualquier significado práctico y podría ser fácilmente abandonado sin graves consecuen-

78 Ver los argumentos análogos realizados en relación con la solución y el proceso civil en Fiss, op cit n 58 p 1085.

79 Ashworth, 'Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State' (1985) 6 OJLS 97.

80 Se ha estimado que más de la mitad de los 7.000 delitos en el derecho penal inglés no requieren pruebas de culpabilidad; ver Ashworth, *Principles of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 1991) 142.

cias'.⁸¹ Una respuesta menos radical puede ser la de argumentar que plantear la culpabilidad y el daño como antinomias no reconoce la íntima relación que existe generalmente entre ellos. Responder al daño necesariamente implica mucha atención a sus orígenes, aunque bajo un modelo reparativo el énfasis pueda cambiar desde la atribución de culpa moral a la determinación de responsabilidad causal.⁸² Por otra parte, si la reparación es para responder de manera adecuada y simbólicamente acertada, entonces será necesario diferenciar entre los delincuentes más o menos responsables. De acuerdo con este punto de vista, mientras que la culpabilidad ya no sería el principal determinante del castigo, el estado mental del delincuente debería, no obstante, seguir siendo parte integral de la elección de la disposición final.

También vale la pena preguntarse si un sistema orientado al daño debe necesariamente dibujar un mapa penal muy diferente del que actualmente empleamos. La respuesta depende más bien del alcance de nuestra noción de daño. Puede ser posible modernizar y ampliar la comprensión de daño basado en la presunción de que tenemos el derecho como ciudadanos de ir por nuestra vida sin miedo a que los demás intencionalmente o por imprudencia nos vayan lesionando de alguna manera. De acuerdo con este punto de vista, en la medida en que un delincuente amenaza nuestra presunción de seguridad, éste nos inflige daño y debe ser considerado responsable de hacerlo. Entonces, tentativas, conspiraciones e incluso la imprudencia que amenazan el orden social y jurídico, y nuestro lugar en él, pueden ser todos vistos como daños potenciales. Los críticos podrían objetar que esto es estirar la noción de daño demasiado lejos, pero la evidencia de la investigación criminológica indica claramente que el impacto del crimen se extiende mucho más allá de la persona señalada formalmente en los registros policiales como la víctima.⁸³ Un sentimiento generalizado de inseguridad es un costo social importante de la delincuencia que limita las opciones de vida y disminuye la calidad de vida.⁸⁴ Reconocer estos costos como daños nos permitiría traer dentro del modelo reparativo los delitos que normalmente se consideran 'sin víctimas'. Por ejemplo, la Second Islington Crime Survey (Segunda Encuesta sobre Delitos de Islington) reveló que el miedo al delito en la ciudad surge en gran medida como reacción a 'incivildades locales' como el graffiti, el alumbrado público vandalizado, tapiado de fachadas de las tiendas, jóvenes o borrachos merodeando en las esquinas y otras señales de un entorno hostil.⁸⁵ La sensación de inseguridad engendrada, por tanto, puede llevar a las personas vulnerables a permanecer en su casa por la noche, a limitar sus movimientos fuera de las zonas 'seguras'

81 Fattah, op cit n 3, p 774.

82 Un factor de complicación es que la responsabilidad causal de la víctima también puede adquirir una nueva importancia: ver Fattah, op cit n 23.

83 Ver, por ejemplo, Morgan and Zedner, *Child Victims: Crime, Impact and Criminal Justice* (Oxford: Oxford University Press, 1992) 27ff.

84 Maxfield, *Fear of Crime in England and Wales* (London: Home Office Research Study 78, 1984). 85.

85 Crawford et al, *The Second Islington Crime Survey* (Middlesex, 1990) 82.

e, incluso, a trasladarse a otro barrio ‘más seguro’. Si bien podríamos coincidir fácilmente en que estos son daños reales y tangibles, la correlación de la relación entre ellos y los crímenes reales es muy problemática. Relacionar daños difusos como estos con la culpabilidad de los delincuentes individuales es probablemente imposible y es cuestionable en lo que entonces podría ser impuesto como motivos de responsabilidad. El peligro aquí es que, en respuesta a los efectos acumulativos de tales “actos incívicos”, exageremos nuestra demanda colectiva por protección y así consentir la intromisión en la vida de los vándalos, borrachos y jóvenes delincuentes fuera de toda proporción a sus individualmente insignificantes delitos.

Por último, mientras que la culpabilidad es el componente central de la criminalidad, no debemos pasar por alto el lugar del daño en la determinación de la gravedad del delito. En muchos ámbitos de la delincuencia, el daño ya determina que delito se imputará y la pena que se le dará. Un ejemplo obvio surge en el caso de la violencia interpersonal. Sin ningún cambio en el *mens rea* del delincuente, el delito imputado puede variar entre asalto simple y homicidio involuntario, según el grado de daño causado.⁸⁶ El daño aquí (y en muchos otros ámbitos de la delincuencia) es un factor determinante tanto de la responsabilidad como de la gravedad del delito. Pero como von Hirsch y Jareborg han señalado: “prácticamente no hay doctrinas jurídicas desarrolladas sobre cómo la gravedad de los daños puede ser comparada.”⁸⁷ Al reconocer explícitamente que el daño tiene un lugar junto a la culpabilidad en la determinación tanto de la responsabilidad como de la gravedad del delito, algo que ya es tácitamente reconocido por la ley penal y la práctica penal, un enfoque reparador podría ofrecer la posibilidad de desarrollar una base más coherente para nuestro sistema penal.

El caso por el reconocimiento pleno y adecuado del daño como base para la responsabilidad puede hacerse más fuerte con respecto a los modernos delitos ambientales y corporativos, que tienen el potencial de causar daños muy graves y generalizados.⁸⁸ Bajo el sistema actual, como Fattah ha argumentado:

negligencias graves causantes de un desastre nuclear grave y cobrando cientos de miles de vidas o daños irreparables al medio ambiente, conducen a una respuesta mucho más indulgente que el homicidio

86 Si ningún daño se produce el crimen sería simple asalto que conlleva un máximo de seis meses de prisión (Criminal Justice Act de 1988, s 39); si le siguen lesiones, entonces el máximo se eleva a cinco años de prisión para el asalto que ocasiona lesiones corporales (Offences Against the Person Act de 1861, s 47); y, finalmente, si la víctima muere, entonces el delincuente podría ser culpable de homicidio involuntario y responsable a una máxima de cadena perpetua.

87 von Hirsch and Jareborg, op cit n 16. See also Feinberg, Harm to Others (Oxford: Oxford University).

88 Los ejemplos de Bhopal, Chernobyl, Exxon Valdez, Piper Alpha y Zeebrugge inmediatamente vienen a la mente.

intencional de un solo individuo, porque en el primer caso no hubo intención deliberada de causar daño.⁸⁹

La orientación hacia la culpabilidad limita tanto el alcance de la ley penal como su capacidad para responder adecuadamente a la proliferante matriz de delitos en los que la culpabilidad es a menudo baja, pero donde las consecuencias para la comunidad son susceptibles de ser muy altas.

¿Puede la Reparación Cumplir con los Principios del Castigo?

Hasta ahora hemos examinado la capacidad de la justicia reparativa para reflejar o incorporar los principales elementos del castigo. Si la justicia reparativa pretende reclamar un lugar pleno dentro del sistema penal, entonces también debe ajustarse con los principios que delimitan las facultades intrusivas del estado. ¿Puede la reparación satisfacer los requisitos de justicia, coherencia y proporcionalidad que actualmente apoyan y enmarcan nuestro sistema penal? Una vez más, echemos un vistazo a cada elemento a su vez.

(a) Justicia

Una de las principales críticas que enfrenta el enfoque reparativo es que se crearía un sistema de sanciones que tendrían poca consideración por los medios del ofensor y así incidiría de manera diferente en ricos y pobres. En el peor caso, podría permitir a los muy ricos ‘comprar’ la manera de salir de la pena por medio del pago a su víctima por los daños sufridos. Dichos pagos podrían incluso llegar a ser parte del cálculo realizado por el delincuente racional como un ‘costo aceptable’ fácilmente compensado por los beneficios de la delincuencia. Hay problemas particulares que se plantean en relación con la conducta reparativa por el delincuente que presenta atenuantes en el juicio, siendo la dificultad que un delincuente con los medios económicos para indemnizar puede recibir una sentencia más indulgente que un delincuente sin estos medios económicos. En el caso de *Crosby and Hayes* (1974)⁹⁰ los dos delincuentes trataron de reparar el daño, uno tenía los medios para pagar la indemnización y el otro no tenía. En la apelación, se sostuvo que no era correcto, en principio, dar sentencias diferenciales por motivo de medios financieros. Como Ashworth ha argumentado, permitir una mitigación en estos casos podría convertirse en una fuente de discriminación que contravendría el principio de igualdad ante la ley y permitiría que los delincuentes ricos sean tratados con más indulgencia que los más pobres.⁹¹ El punto fue reiterado en *Copley* (1979) en el que Lord Lane insistió en que no debería admitirse que los delincuentes compraran su salida de la cárcel o para asegurar sentencias más cortas, ofreciendo dinero en

89 Fattah, op cit n 3, p 782.

90 Crosby and Hayes (1974) 60 Cr App R 234.

91 Ashworth, op cit n 5, pp 179-180.

forma de compensación.⁹² En la misma lógica, tampoco deben los delincuentes pobres sufrir condenas más largas debido a su incapacidad para compensar.

En la práctica, en aras de la justicia para el delincuente, el monto a pagar en concepto de compensación a menudo se redujo por debajo del que es proporcional al daño causado. Los críticos de la reparación argumentarían que es correcto que la justicia con el delincuente debe tener prioridad sobre la de la víctima. Pero un enfoque puramente restitucionista podría insistir en que el daño debe “repararse” al costo que sea necesario. ¿Puede ser correcto que un delincuente con escasos recursos sufra, en términos reales, un castigo mayor que un delincuente rico para quien pagar no es una carga en absoluto? ¿Es deseable que un delincuente empobrecido pueda trabajar durante años para pagar una orden de compensación (tal vez a una víctima cuya propia riqueza hace que la suma vertida sea insignificante)? Claramente, todos estos factores hacen un daño considerable a la idea de la justicia en el derecho penal. Sin embargo, se podría argumentar que esta concepción de justicia se basa en ser justo con el delincuente y que una versión alternativa podría igualmente bien basarse en los derechos o intereses de la víctima y estar preparada a sacrificar la justicia con el infractor para este fin.

(b) Coherencia

El intento realizado por la teoría del merecimiento para desarrollar un enfoque coherente y estructurado de la sentencia ha sido aplaudido como un paso hacia la certeza y la consistencia.⁹³ Por la misma razón Ashworth se ha opuesto a la justicia reparatoria con el argumento de que permitiría a la víctima influir en la sentencia, como sucede en los Estados Unidos a través de la utilización de las declaraciones de impacto en la víctima y las opiniones de la misma. Hacerlo es perjudicial para la búsqueda de la coherencia.⁹⁴ Si a las víctimas se les da el derecho a influir en la pena se produce un doble peligro. Tanto la forma de la pena (ya sea reparatoria o retributiva) y su monto (ya sea de valor monetario o duración) pueden variar de acuerdo con el temperamento de la víctima. Pero ¿están bien fundadas tales críticas?

En primer lugar, existe el peligro de presumir que el cálculo objetivo planteado por la teoría del merecimiento es en la práctica factible o realista. Las sentencias individuales siempre dependerán en parte de la evaluaciones subjetivas de la gravedad del delito que hace quien emite la sentencia. Entonces, mientras que el justo merecimiento puede prometer coherencia, no puede garantizarla.⁹⁵ En segundo lugar, la objeción de Ashworth hace ciertas suposiciones sobre

92 Copley (1979) 1 Cr App R (S) 55. Esto ha sido mencionado en Att Gen ‘s Ref No. J.O of 1992 (R v Cooper) [1993] Crim. L.R. 631 and Att Gen ‘s Ref No. 5 of 1993 (R v Hartland) [1993] Crim. L.R. 794.

93 Asworth, op cit n 1, p 350.

94 Ashworth, ‘Victim Impact Statements and Sentencing’ (1993) CLR 498-509.

95 Sobre todo en un sistema de justicia penal, que da un gran valor a la independencia y el ejercicio

el modelo de justicia reparativa que son cuestionables. No es el caso necesariamente que reorientar el sistema en torno a ‘hacer el bien’ debe conllevar inevitablemente permitir a la víctima ocupar el papel del estado en la determinación de la sanción correspondiente. La reparación se debe no sólo a la víctima, sino a todos aquellos cuyos intereses son amenazados, y el autor estaría de acuerdo en que no es apropiado para la víctima determinar la naturaleza o extensión de reparación.⁹⁶ El daño sufrido es social y corresponde que la sociedad determine lo que sea necesario para efectuar la reparación. Así como el estado ahora hace juicios sobre la gravedad del delito y la severidad del castigo merecido o, de hecho, sobre el daño causado y la cuantía de la indemnización debida, entonces dentro de un modelo reparativo el estado podría retener el derecho de determinar la penalidad. Incluso se podría prever un sistema que importe una escala estandarizada para determinar la gravedad del daño similar a la sugerida por von Hirsch y Jareborg en su desarrollo de un ‘análisis de estándares de vida’ para medir el daño criminal.⁹⁷ Mientras que su modelo mira hacia el pasado y se preocupa únicamente de ‘cuánto daño un acto estándar de robo hace’,⁹⁸ un modelo reparativo tendría que aportar criterios para evaluar lo que sería necesario “restituir” por los daños causados. Dentro de este modelo, las declaraciones de impacto en la víctima podrían proporcionar la información necesaria sobre los daños causados y las consiguientes necesidades de la víctima sobre la que podrían hacerse juicios imparciales sobre la reparación requerida. Mediante el desarrollo de un marco para hacer sistemáticamente tales juicios, el riesgo de que los delincuentes se encontraran a sí mismos frente al capricho de víctimas vengativas o excesivamente indulgentes está seguramente superado.

(c) Proporcionalidad

La afirmación final y más importante de la teoría del merecimiento es que asegura la proporcionalidad entre el delito y la sanción.⁹⁹ Si las penas reparativas deben ser proporcionales al daño causado, ¿bajo qué norma debe hacerse la compensación? ¿Debe el ladrón de autos que ha robado un Mercedes pagar diez veces más que lo exigido al ladrón que ha tomado sólo un Mini, aunque la intención en cada caso es robar? ¿O habría que basar el cálculo en función de los daños efectivamente sufridos por la víctima? O, como se ha sugerido anteriormente, ¿debiera reflejar lo que es necesario ‘resarcir’? Puede ser que la dueña del Mercedes sea una mujer muy adinerada que tiene una flota de automóviles y la pérdida de uno le es indiferente, mientras que el dueño del

de discrecionalidad por parte de quienes dictan las sentencias. Las fórmulas mecánicas de las Directrices de Minnesota simplemente no serían aceptables en Inglaterra, ya que la respuesta judicial a los intentos de imponer la proporcionalidad en la Ley de justicia penal de 1991 da testimonio de ello.

96 Ashworth, op cit n 2.

97 von Hirsch and Jareborg, op cit n 16.

98 op cit n 16, p 16.

99 Sin embargo, ver las críticas a esta afirmación más arriba.

Mini depende de su coche como el único medio de movilidad. La teoría del merecimiento requiere que el ladrón de autos deba cargar con la responsabilidad sólo por su propia conducta, pero la justicia reparatoria insistiría en que la responsabilidad se extiende a los daños causados por su conducta. En la decisión de “tirar los dados”, el delincuente debe asumir la responsabilidad por la forma en que caen.¹⁰⁰ Se plantea una dificultad especial en relación con la mitigación o incapacidad. El delincuente que está borracho, drogado o enfermo mental puede tener menos culpabilidad, pero su víctima no sufre menos daño como consecuencia de sus acciones. ¿Por qué la víctima de un delincuente intoxicado recibe una compensación menor que la víctima de un delincuente plenamente competente infringiendo el mismo nivel de daño?

Las dificultades que surgen al relacionar los pagos monetarios a la pérdida o daño a la propiedad se vuelven infinitamente mayores en relación con la pérdida de la vida o la integridad física o daño psicológico. Los críticos cuestionan la viabilidad de la evaluación de daños realizada sin recurrir a extensas pruebas médicas y/o psiquiátricas, declaración de la víctima y otras similares. Más revelador aún, sostienen que no puede haber una relación racional entre los pagos monetarios y estas formas de pérdida. Sin embargo, la responsabilidad civil, depende cada día más en hacer sólo esos cálculos. Del mismo modo, la teoría del merecimiento depende de hacer tenues estimaciones de proporcionalidad entre el delito y la duración de la condena. Decidir cuántos años de prisión se merecen por una violación o un robo no es más o menos artificial que la fijación de un valor (monetario o de otro tipo) en relación con el daño. E incluso si el cálculo se basa en una serie de equivalencias inadecuadas, por lo menos una reparación prevé una compensación tangible o simbólica a la víctima, mientras que el castigo por sí solo ofrece ninguna.

Conclusión: ¿Pueden Reconciliarse la Reparación y el Castigo?

En realidad, la reparación en su forma pura en ningún lugar ha reemplazado el paradigma del castigo. En Gran Bretaña, la demanda de la sustitución de la pena por la justicia reparatoria se ha silenciado. En su lugar, la provisión de indemnización sólo a las víctimas identificables se incorpora a la matriz de sanciones estigmatizantes y retributivas existentes. La incapacitación, por ejemplo, es generalmente considerada como apropiada para los crímenes más graves como el asesinato, la violación y el asalto. Sin embargo, un delincuente encarcelado está efectivamente privado de su capacidad de pagar en los mismos casos en que el daño causado (y, por tanto, el derecho a reclamar indemnización) es mayor. Si bien a menudo es posible una compensación en conjunto con otras penas, los problemas surgen cuando las dos están en conflicto: la prisión puede ser contraria a la indemnización. Por ejemplo, en *Huish*, Croom-Johnson LJ declaró que ‘muy a menudo una orden de compensación es hecha y

100 Honoré, ‘Responsibility and Luck’ (1988) 104 LQR 530; O’Malley, ‘Punishment and Moral Luck’ (1993) Irish CLR 40.

es impuesta una pena de prisión muy ligera, ya que el tribunal reconoce que si el acusado puede tener una oportunidad de pagar la compensación, debe permitírsele ganar el dinero con que hacerlo'.¹⁰¹ En general, sin embargo, a menos que un delincuente tenga claramente los medios para pagar¹⁰² o tiene buenas perspectivas de empleo a la salida de la cárcel, no sería apropiado imponer una orden de compensación junto con la custodia. La preocupación es que la carga de pagar una indemnización por la liberación de una pena privativa de libertad es susceptible de ser 'contraproducente y forzar al delincuente nuevamente en el crimen para encontrar el dinero'.¹⁰³

Las dificultades también sobrevienen donde las condenas retributivas y reparativas están en competencia unas con otras. Por ejemplo, tanto las multas como las órdenes de compensación consisten en demandas pecuniarias al delincuente, a menudo de recursos limitados: entonces, ¿cuál de éstas debe tener prioridad? Desde 1982, la ley de inglesa ha dado prioridad a la imposición de una orden de compensación por sobre una multa.¹⁰⁴ El efecto es que los tribunales han reducido la suma a pagar como multa o han condonado la multa por completo, con el fin de permitir que se aplique y pague la orden de compensación. En este sentido, se podría decir que la orden de compensación, en efecto, permite al delincuente 'comprar su incumplimiento de la pena por los delitos'.¹⁰⁵ Más recientemente, la Corte de Apelación ha reconocido que otras sanciones puedan reducirse para permitir que pueda pagarse una orden de compensación. Más grave que todo, son los problemas que se enfrentan cuando diferentes razones apuntan a niveles distintos de castigo: el daño causado en el instante puede ser leve, pero la malicia del delincuente puede ser mayor. ¿Qué pena debe prevalecer entonces?

Hasta ahora la atención se ha centrado en las áreas de conflicto y dificultad. Cerremos este tema considerando algunos puntos en los que la reparación y castigo retributivo coinciden. En primer lugar, tanto la retribución y la reparación se basan en nociones de autonomía individual. A diferencia de los modelos orientados a la rehabilitación o 'tratamiento', tanto la reparación y la retribución presumen que los delincuentes son individuos racionales capaces y libres de tomar decisiones morales por lo cual pueden ser considerados responsables. El delincuente puede por lo tanto ser legítimamente llamado a responder, ya sea resarciendo el daño causado o sufriendo un castigo proporcional. Sin embargo, ambos enfoques están abiertos a la objeción de que ignoran los imperativos estructurales de la deprivación y la desventaja en las que muchos

101 *Huish* (1985) 7 Cr App R (S) 272.

102 *Ver Dorton* (1987) 9 Cr App R (S) 514, en la que la Corte de Apelación comentó que cuando un tribunal está convencido de que el delincuente tiene, o tendrá, fondos disponibles, entonces lo correcto era emitir una orden de compensación, además de una pena de custodia.

103 *Inwood* (1974) 60 Cr App R 70.

104 Criminal Justice Act de 1982.

105 Wasik, 'Sentencing' in Murphy (ed), *Blackstone's Criminal Practice* (London: Blackstone, 1992) 1714. Aunque esta visión asume que la compensación no tiene valor penal.

delincuentes actúan. Ambos asumen que todos los delincuentes son individuos racionales, con voluntad propia, a pesar de la desproporcionada incidencia del desorden y la enfermedad mental, la inadecuación social y la educación deficiente entre nuestra población transgresora.

En segundo lugar, se podría argumentar que tanto la reparación y la retribución derivan su "autoridad" del propio delito e imponen sanciones de acuerdo a la gravedad del mismo en particular. A diferencia de los objetivos utilitarios de la disuasión general o la rehabilitación que importa nociones más amplias de bien social, tanto la retribución como la reparación excluyen (o casi excluyen) la consideración de factores más allá del delito en particular. Los antecedentes personales del delincuente, las causas sociales o económicas del delito o la necesidad de prevenir la reincidencia (todo esto extiende los límites de la intrusión por parte del estado en virtud de las teorías de la disuasión o de la rehabilitación) aquí se considera irrelevante. Como tal, se dice que tanto la justicia retributiva y la justicia reparativa imponen restricciones estrictas a la intrusión del estado en la vida de los delincuentes. Esta aparente congruencia no es, sin embargo, tan cercana como parece a primera vista. La gravedad del delito se fija de acuerdo con dos conjuntos de criterios diferentes. La retribución exige principalmente que el castigo sea proporcional a la intención del delincuente, mientras que la justicia reparativa deriva su 'proporcionalidad' del daño causado a la víctima. Mientras que la intención se centra generalmente en los resultados, y la intención y el daño pueden coincidir, ambas pueden apuntar a muy diferentes niveles de gravedad. Si la reparación y el castigo deben ser totalmente reconciliadas, entonces sería necesario concebir una medida que integre la intención y el daño en el establecimiento de la gravedad del delito. Una dificultad aún mayor es que, si la justicia reparativa va a ser más que un análogo penal a los daños civiles, entonces debe ir más allá que el propio delito para indagar sus costos sociales más amplios y los medios para repararlos.¹⁰⁶

Por último, tanto la reparación como la retribución han sido descritas por Davis como una 'especie de justicia distributiva, la metáfora cotidiana en cada caso es la de la justicia como equilibrio, y la meta es restaurar la distribución de derechos que existía antes del delito.'¹⁰⁷ Mientras que la una busca restaurar el equilibrio privando al delincuente de sus derechos, la otra busca el mismo objetivo recompensando a aquellos cuyos derechos fueron lesionados por el delito. Esta redistribución de derechos es análoga a la noción de Ashworth de la justicia penal como una 'forma de contabilidad social.'¹⁰⁸ En cuanto a la mitigación, por ejemplo, las acciones sociales loables realizadas por el delincuente se sopesan frente a los delitos que ha cometido para encontrar el

106 El peligro aquí es que este proceso de reparación necesariamente implicará una intervención social más amplia del tipo que fue tan problemático en cuanto a la prevención tradicional del delito. Sin embargo, hay que recordar que es posible afirmar que la retribución debe tomar en cuenta adecuadamente los factores estructurales que limitan el libre albedrío o la culpabilidad del delincuente.

107 Davis, op cit n 34, p 11.

108 Ashworth, op cit n 5, p 133.

castigo apropiado. Ashworth sugiere que este cálculo está basado en un razonamiento orientado a la rehabilitación que considera la conducta posterior del delincuente como evidencia de su reforma. Otra interpretación podría ser que la mitigación así se justifica ya que, por lo menos en parte, se ha restaurado el orden jurídico.

Estas metáforas de la 'distribución' o de la 'contabilidad' recorren parte del camino hacia una descripción del ethos que comparten la justicia retributiva y la justicia reparativa. Sin embargo, estas metáforas dependen de una concepción muy estrecha de la justicia reparativa, como una justicia que sólo pretende restituir, que sólo busca volver al orden legal precedente.¹⁰⁹ Además, la legitimidad de una justificación basada en la 'restauración del equilibrio de los derechos' puede cuestionarse en varios aspectos. Primero, usar el sistema de justicia penal sólo como un medio para restaurar el equilibrio de derechos vigente antes del delito implica participar en el reforzamiento de la desigualdad social ya existente. Segundo, la definición de muchas actividades como delictuales y la identificación de grupos como delincuentes reflejan los intereses y valores del grupo socialmente dominante. Si la reparación, en conjunto con la retribución, busca restaurar los valores en los que se respalda la criminalización, es probable no sólo que se reproduzca la desigualdad social, sino que ésta también se acentúe.¹¹⁰ Tercero, tal como también ha afirmado Davis, exigir que los delincuentes soporten toda la carga de restaurar la distribución de los derechos es esperar demasiado, tanto en términos prácticos como cuestión de principio, de ese 'grupo de ciudadanos atípico y por lo general carente de recursos que llega a la atención de los tribunales penales'.¹¹¹ Una crítica poderosa al aumento en el uso de las órdenes de compensación, por ejemplo, es que éstas no toman en cuenta que muchos delincuentes se encuentran en circunstancias económicas muy limitadas. Imponer más cargas pecuniarias sobre delincuentes de pocos recursos podría ser simplemente contraproducente.

A la luz de estos vínculos conceptuales, la reaparición concurrente del pensamiento retributivo y reparativo tal vez sea menos sorprendente que lo que puede parecer a primera vista. Es irónico, sin embargo, que los mismos puntos donde coinciden la justicia reparativa y la justicia retributiva sean justamente los puntos más débiles del modelo de justicia reparativa al analizarlos más de cerca. Su debilidad es mayor en cuanto a sus fines 'redistributivos', los cuales, aunque son teóricamente atractivos, se basan en una ficticia sociedad justa en la que el único desequilibrio de derechos está provocado por los delitos en sí.

109 También pueden ser poco adecuadas como fundamentos de la teoría del castigo. Cabe destacar que von Hirsch ha repudiado su anterior creencia de que las sanciones son justificadas para restaurar un equilibrio, ya que esto no constituiría motivo suficiente para invocar los poderes coercitivos del Estado, y tampoco entrega una base adecuada para determinar 'cuanto' castigo se debe imponer bajo un esquema retributivista: von Hirsch, 'Proportionality in the Philosophy of Punishment' (1990) 1 *Criminal Law Forum* 265.

110 Hudson, op cit n 8. Aunque las encuestas sobre las víctimas han permitido demostrar que los menos poderosos en la sociedad son los más propensos a ser víctimas de un delito.

111 Davis, op cit n 34, p 12.

Un modelo verdaderamente reparativo reconocería de mejor manera que la delincuencia muchas veces no es simplemente una causa, sino que también es una consecuencia de la injusticia social, y que es probable que tanto la víctima y la comunidad *como* el delincuente necesiten ser reparados para que la justicia penal contribuya hacia una sociedad más reintegrada.

Comenzamos con las preguntas de si el sistema penal 'puede y debe' adoptar objetivos tanto punitivos como reparativos: ahora volveremos a esas preguntas para concluir. En base a nuestra discusión, parecería que aunque 'reparar' implica ciertas dificultades en un sistema de justicia penal, la reparación es suficientemente capaz de cumplir con las exigencias básicas del castigo y, hasta ahora, es reconciliable con la retribución.¹¹² El peligro, sin embargo, es que el intento de hacer que la justicia reparativa refleje la lógica del castigo distorsione tanto su fundamento subyacente que pierda gran parte de su atractivo original, sobre todo su compromiso con la reparación de la ruptura de los lazos sociales. Estamos acostumbrados a concebir la justicia penal como el brazo represor del estado, pero ¿no sería mejor verla como el final de un continuo de prácticas por las cuales se mantiene el orden social? El castigo tiene una capacidad muy limitada de controlar la delincuencia y, en la medida en que es desintegrador, inflige un daño adicional en la sociedad. Dado que las políticas muy visibles de 'mano dura' de la década pasada no han podido reducir los números cada vez mayores de delitos, tal vez sea hora de explorar el potencial integrador de la justicia reparativa según sus propios términos.

112 Una conclusión también alcanzada por las diferentes rutas por Campbell, op cit n 32, and Watson et al, op cit n 4.

VIII. La justicia en materia de niños en conflicto con la ley: Ley Modelo sobre Justicia Juvenil*

AGRADECIMIENTOS

Esta Ley Modelo de justicia juvenil es el resultado de un largo proceso que ha sido posible gracias a las valiosas contribuciones de una cantidad de personas. Se ha inspirado en un proyecto preparado por Renate Winter en 1997.

El primer borrador de esta Ley Modelo fue elaborado por Carolyn Hamilton y revisado en la reunión de un grupo de expertos que tuvo lugar en Viena en Marzo de 2011. Los integrantes de este grupo de expertos fueron Bharti Ali, Alexei Avtonomov, Mohamed Elewa Badar, Douglas Durán Chavarría, Beatrice Duncan, Paula Kingston, Ignacio Mayoral, Emilio García Méndez, Sharon Morris- Cummings, Seynabou Diakhate Ndiaye, Vui Clarence Nelson, Vivienne O'Connor, Michele Papa, Nikhil Roy, Elissa Rumsey, Ann Skelton, Nevena Vuckovic-Sahovic y Terry Waterhouse, como así también el siguiente personal de la UNODC: Valérie Lebaux, Steven Malby, Alexandra Martins, Anna Giudice Saget y Miri Sharon.

Con posterioridad a la reunión del grupo de expertos, la Ley Modelo fue elaborada aún más y revisado por Alexandra Martins, Mario Hemmerling y Sonya Rahaman, bajo la supervisión de Valérie Lebaux, Jefa de la Sección de Justicia de la UNODC, con la valiosa contribución de Anna Giudice Saget.

Vaya nuestro cálido agradecimiento y aprecio a Renate Winter, Frieder Dünkkel, Ursula Kilkelly e Yvon Dandurand, expertos en justicia juvenil, por sus contribuciones racionales, detalladas y substanciales al texto. La UNODC reconoce y agradece la financiación provista por Noruega para el desarrollo, impresión y disseminación de la Ley Modelo y su traducción al árabe, francés, portugués, castellano y ruso.

* Herramienta elaborada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Agradecemos a dicha institución la autorización brindada para publicar esta Ley Modelo de Justicia Juvenil.

INTRODUCCIÓN

Esta Ley Modelo y su Comentario han sido diseñados para proporcionar una guía legal a los Estados en el proceso de reforma de justicia juvenil y ayudarles a preparar la legislación correspondiente. La Ley Modelo integra las reglas y normas internacionales que imperan dentro de un contexto nacional y trata de armonizar la legislación nacional con los requerimientos internacionales. Se detallan las reglas y normas internacionales existentes dentro del área de la justicia juvenil que se pueden encontrar principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, que es el único instrumento internacional legalmente obligatorio respecto a justicia juvenil.¹ Otras reglas y normas están contenidas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (las Reglas de Beijing),² las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (las Reglas de La Habana),³ las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (las Directrices de Riad),⁴ las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (las Reglas de Tokio),⁵ las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal (las Directrices de Viena),⁶ los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Uso

-
- 1 Otros instrumentos que no han sido diseñados especialmente para menores son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), la Convención contra la Tortura (CAT), la Convención Europea sobre los Derechos Humanos (ECHR), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ACHR), y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (la Carta de Banjul). A nivel regional, se debe mencionar la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño (ACRWC) y la Carta Juvenil Africana (AYU) que son instrumentos legalmente obligatorios. La Convención de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) concerniente a la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación (Convención 182) de 1999 también forma parte del marco legal internacional.
 - 2 Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (las Reglas de Beijing), adoptada por la Asamblea General el 29 de Noviembre de 1985 (A/RES/40/33).
 - 3 Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (las Reglas de La Habana), adoptadas por la Asamblea General el 14 de Diciembre de 1990 (A/RES/45/113).
 - 4 Asamblea General de las Naciones Unidas, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (las Directrices de Riad), adoptadas por la Asamblea General el 14 de Diciembre de 1990 (A/RES/45/112).
 - 5 Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (las Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General el 14 de Diciembre de 1990 (A/RES/45/110).
 - 6 Resolución del Consejo Económico y Social 1997/30, Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal (las Directrices de Viena), adoptada por el Consejo Económico y Social el 21 de Julio de 1997.

de los Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal,⁷ las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos,⁸ las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (las Reglas de Bangkok),⁹ y los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal.¹⁰⁻¹¹ Las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño (CRC por sus siglas en inglés), en particular la Observación General N°10,¹² también deben ser mencionadas como fuente de guía y recomendaciones para los Estados Partes en sus esfuerzos por establecer una administración de justicia juvenil que cumpla con la Convención de los Derechos del Niño.

Esta Ley Modelo está basada en principios esenciales de justicia juvenil que deben ser tenidos en cuenta por los Estados al preparar la legislación de justicia juvenil y establece garantías de un debido proceso para todo niño que entre en conflicto con la justicia. Más aún, contiene disposiciones acerca de la edad mínima de responsabilidad penal, incluyendo directrices acerca del modo de realizar evaluaciones de edad y de personalidad. Siguiendo la sugerencia del Comité de la CRC,¹³ este Modelo propone la abolición de los delitos por la condición (status offences en inglés).¹⁴ Debido a los distintos sistemas legales que existen en el mundo, durante la preparación de esta Ley Modelo se confrontaron grandes desafíos respecto a las competencias de las autoridades y otros organismos involucrados en el proceso de justicia juvenil. Esto es

-
- 7 Resolución del Consejo Económico y Social 2002/12, Principios Básicos sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal, adoptada por el Consejo Económico y Social el 24 de Julio de 2002.
 - 8 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (SMR); Resoluciones del Consejo Económico y Social 663c (XXIV) del 31 de Julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de Mayo de 1977.
 - 9 Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (las Reglas de Bangkok), adoptadas por la Asamblea General el 16 de Marzo de 2011 (A/RES/65/229).
 - 10 Asamblea General de las Naciones Unidas, Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal, adoptados por la Asamblea General el 18 de Marzo de 2013 (A/RES/67/187).
 - 11 Otro instrumento no vinculante que debe ser mencionado pero que no está particularmente relacionado con la justicia juvenil es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (UDHR).
 - 12 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los Derechos de los Niños en la Justicia Juvenil, 25 de Abril de 2007 (CRC/C/GC/10). También se provee más información en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos.
 - 13 El Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los Derechos de los Niños en la Justicia Juvenil, 25 de Abril de 2007 (CRC/C/GC/10), párrafo 8, sugiere abolir los delitos de condición “para establecer un tratamiento igualitario ante la ley para niños y adultos”; ver también las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (las Directrices de Riad), adoptadas por la Asamblea General el 14 de Diciembre de 1990 (A/RES/45/112), Directriz 56.
 - 14 Para ver la definición del término “delito debido al estatus” ver el Artículo 10 de esta Ley.

particularmente cierto en lo que concierne a aspectos de las leyes de procedimientos. Siguiendo las reglas y normas internacionales, la Ley Modelo propone el establecimiento de tribunales para niños [tribunales juveniles] [tribunales de menores] en los que haya jueces especialmente entrenados con jurisdicción exclusiva sobre los menores que entran en conflicto con la justicia. Se ha tomado debida cuenta del hecho de que las competencias legislativas y el proceso legislativo involucrado en el establecimiento de tribunales u organismos judiciales varían de un Estado a otro. Es ciertamente por ese motivo que esta Ley Modelo no proporciona detalles acerca del modo en que se deberían establecer estos tribunales para niños [tribunales juveniles] [tribunales de menores]. Puede ser necesario que los Estados preparen una legislación secundaria en este sentido. Lo mismo se puede decir respecto al establecimiento de fiscalías, unidades policiales y servicios sociales especializados.

La Ley Modelo cubre además todas las etapas del proceso de justicia juvenil, comenzando con la fase de instrucción, incluyendo el momento crucial de la detención y arresto del menor, así como su tratamiento mientras está bajo custodia policial y durante la detención previa al juicio. Después contiene disposiciones respecto al juicio, las sentencias con y sin detención y las condiciones de detención y tratamiento institucional, como así también el cuidado posterior y la reintegración. En este Modelo se reconocen las alternativas a los procesos judiciales [derivación] y, en particular la justicia restaurativa, como requerimientos clave,¹⁵ para mantener a los menores apartados del sistema de justicia formal. En su texto se enfatiza frecuentemente el principio de que la privación de la libertad debe ser una medida de último recurso y sólo por un período lo más adecuado y breve que proceda.

Es importante hacer notar que esta Ley Modelo no sigue ni sugiere que los Estados deban adoptar un modelo particular para su sistema de justicia juvenil. Ciertamente, dado que los sistemas de justicia juvenil varían mucho de un Estado a otro, es imposible identificar un sistema de justicia juvenil único, completo y comprehensivo con características comunes a todos los Estados.¹⁶ La fundamentación teórica de los sistemas de justicia juveniles es diversa, partiendo de la clásica tipología del llamado “modelo de bienestar” y del “modelo de justicia”¹⁷ hasta llegar a tipologías más recientes que incluyen el “modelo participativo”, el “modelo de justicia modificada”, el “modelo de control de la delincuencia”, el “modelo corporativo”, el “modelo de intervención mínima”,

15 Véase el Artículo 18 de esta Ley.

16 Véase Cappelaere, G., Grandjean, A. and Naqvi, Y., *Children Deprived of Liberty – Rights and Realities* (Éditions Jeunesse et Droit: Liège, 2005), pág. 48.

17 Para obtener mayor información acerca de ambos modelos véase: Cipriani, D., *Children's Rights and the Minimum Age of Criminal Responsibility – A Global Perspective* (Ashgate: Surrey, 2009), pág. 1; Pratt, J., “Welfare and justice: incompatible philosophies”, en: Gale, F., Naffine, N. and Wundersitz, J. (eds.), *Juvenile Justice: Debating the Issues* (Allen & Unwin: Sydney, 1993), pág. 38; and Junger-Tas, J., “Trends in international juvenile justice: what conclusions can be drawn?” en: Junger-Tas, J. and Decker, S. (eds.), *International Handbook of Juvenile Justice* (Springer: Nueva York, 2008), pág. 505.

el “modelo de justicia restaurativa” y el “modelo neo-correccional”.¹⁸ Estos cambios tipológicos a través de los años demuestran que es casi imposible realizar una categorización clara de los sistemas de justicia juvenil. Aún si sólo se toman el “modelo de bienestar” y el “modelo de justicia” como modelos clásicos de distinción, en la práctica estos dos modelos se han mezclado en gran medida a través de los años y en muchos países del mundo debido a los procesos de desarrollo, haciendo que sea casi imposible identificar un modelo de bienestar puro o un modelo de justicia puro en ningún Estado.¹⁹

Las disposiciones que se proponen en esta Ley Modelo cumplen plenamente con los requerimientos establecidos por la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos legales en el área de la justicia juvenil y se ha tenido en cuenta que ni la Convención de los Derechos del Niño ni otros instrumentos legales no obligatorios en la materia hacen expresa referencia a cuál modelo de justicia juvenil debe seguir un país.²⁰ La Convención de los Derechos del Niño requiere que los Estados Parte “tomen todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”.²¹ Esta disposición impone a los Estados el requerimiento de establecer progresivamente un sistema de justicia juvenil que tenga en cuenta la edad del menor y proporcione garantías de derechos humanos y legales, como así también el establecimiento de alternativas a los procesos judiciales. La Convención requiere que los Estados establezcan un sistema de justicia juvenil por el que se garantice el debido proceso aplicado a todos los menores de 18 años que entran en conflicto con la justicia. Además, el Artículo 40(1) determina el propósito del sistema de justicia juvenil, que debe ser reintegrador y que debe

18 Pruin, I., “The Scope of juvenile justice in Europe”, en: Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, and Pruin, I. (eds.), *Juvenile Justice Systems in Europe*, Vol. 4, 2a. ed. (Forum Verlag Godesberg: Mönchengladbach, 2011), pp. 1546-1547, da una descripción detallada de los distintos modelos teóricos de justicia juvenil y de sus proponentes.

19 *Ibíd.*, pág. 1545.

20 Véase también: Zermatten, J., “The Swiss Federal Statute on Juvenile Criminal Law”, en: Junger-Tas, J. and Decker, S. (eds.), *International Handbook of Juvenile Justice* (Springer: Nueva York, 2008), pág. 300. Don Cipriani en su libro *Children’s Rights and the Minimum Age of Criminal Responsibility – A Global Perspective* (Ashgate: Surrey, 2009), dice con respecto a esto: “La Convención de los Derechos del Niño trata extensamente con la justicia juvenil, mientras que un conjunto de instrumentos internacionales no obligatorios ofrecen aún mayores detalles acerca del modo en que los derechos deben aplicarse a todas las personas menores de 18 años involucradas en el sistema de justicia. La Convención y los instrumentos relacionados componen reglas de justicia juvenil internacional cuyo marco trata con los defectos que presentan tanto el enfoque de bienestar como el enfoque de justicia.” (p. 19). Más aún, opina que “esta visión conlleva ventajas importantes, incluyendo mayor transparencia, legitimidad internacional, un marco y base moral coherentes, y un conjunto de principios relevantes que guían el modo en que las sociedades entienden a los niños” (p. 38).

21 Artículo 40(3) de la Convención de los Derechos del Niño.

ayudar al niño a asumir una función constructiva en la sociedad. El propósito del sistema de justicia juvenil no debe ser retribución o castigo sino el fomento del bienestar de los niños atendiendo a la conducta infractora de una manera apropiada al desarrollo del niño.

Es también importante enfatizar que, si bien las leyes y reglamentos constituyen un componente clave del sistema de justicia juvenil y son esenciales para definir límites y dar fuerza legal a la protección de los menores que están en conflicto con la ley, no constituyen el único requerimiento para promover reformas comprehensivas de la justicia juvenil.²² Los Estados deben asegurar que existan otros componentes interrelacionados en línea con el marco legal internacional correspondiente. Por ejemplo, es esencial que los Estados desarrollen e implementen una política de justicia juvenil con un conjunto de medidas destinadas a prevenir la delincuencia de los jóvenes. También es indispensable establecer un marco claro para los servicios, que sea sensible al niño y mecanismos de provisión de servicios que cuenten con recursos humanos competentes, recursos económicos suficientes y recursos materiales adecuados para proteger los derechos y responder a las necesidades de los menores que entran en conflicto con la justicia. Los mecanismos de los sistemas de justicia juvenil están fuertemente influenciados por las normas culturales y societarias. Por lo tanto las medidas de comunicación y cabildeo destinadas a promover el compromiso de los medios y la sociedad civil con el proceso de protección al niño son esenciales para avanzar hacia un cambio positivo.

El proceso de reforma de los sistemas de justicia juvenil deben ser moldeados por un enfoque de derechos humanos que se dirija no sólo a crear la capacidad necesaria para que los responsables cumplan sus obligaciones de respeto, protección y satisfacción de los derechos del niño, sino también a fortalecer la capacidad de los titulares de esos derechos para reclamarlos y ejercerlos. Por lo tanto los menores deben ser considerados como agentes clave de su propia protección por medio del conocimiento personal de sus derechos y de métodos eficaces para evitar los riesgos y responder ante ellos. De acuerdo a esto, se deben instituir mecanismos para que los menores participen en el desarrollo e implementación de leyes, políticas y programas destinados a promover sus derechos.

La gama de destinatarios de esta Ley Modelo es amplia. Se concentra en los actores clave involucrados en el proceso de justicia juvenil, tales como los legisladores que participan en la preparación o inspección de las leyes de justicia juvenil. También va dirigida a los hacedores de políticas dado que éstos desempeñan un papel fundamental al establecer o reformar los sistemas de justicia juvenil por medio de la programación de actividades. Un tercer grupo en el que se concentra esta Ley Modelo es el de los profesionales, es decir

22 El Comité de los Derechos del Niño enfatiza la necesidad de que los Estados partes adopten un enfoque comprehensivo de la justicia juvenil y se comprometan a realizar reformas amplias a sus sistemas de justicia penal y las respuestas sociales a los niños que entran en conflicto con la justicia. Véase: Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los Derechos de los Niños en la Justicia Juvenil, 25 de Abril de 2007 (CRC/C/GC/10).

jueces, fiscales, personal de los lugares de detención, personal de los servicios sociales y abogados. Esta Ley Modelo ayudará a todos estos actores que están involucrados prácticamente en el proceso de justicia juvenil para que amplíen su comprensión acerca de la aplicación de las reglas y normas del área de la justicia juvenil dentro de un contexto nacional. Finalmente, el Modelo puede ayudar a los proveedores de asistencia técnica y a los estudiantes de Derecho de todo el mundo para que se familiaricen con el marco legal internacional vigente en materia de justicia juvenil y con el proceso de su implementación dentro del Derecho interno.

LEY MODELO

PREÁMBULO [optativo]

TENIENDO EN CUENTA los cuatro principios clave de la Convención sobre los Derechos del Niño: el principio de no discriminación, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (Artículo 2); el interés superior del niño será la consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños (Artículo 3); el derecho del niño a la supervivencia y el desarrollo (Artículo 6); y el derecho del niño a participar de las decisiones que le afectan y, en particular, darle la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte (Artículo 12);

RECONOCIENDO que [nombre del Estado] es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño [e instrumentos regionales] y desea implementar sus disposiciones y establecer un sistema de justicia juvenil;

RECORDANDO el marco legal internacional de justicia juvenil, especialmente las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (las Directrices de Riad), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (las Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Los Menores Privados de Libertad (las Reglas de La Habana) y las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal (las Directrices de Viena), como así también los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Uso de los Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal;

RECONOCIENDO que [nombre del Estado] tiene la responsabilidad de considerar los desafíos que presenta el desarrollo y las necesidades de los niños;

CONSIDERANDO que el sistema de justicia juvenil actual no protege plenamente a los niños;

DESEANDO que los niños que estén en conflicto con la justicia sean tratados con respeto a su dignidad y valor;

TENIENDO PRESENTE la necesidad de reducir el uso excesivo de la detención;

TENIENDO en cuenta la edad del niño y su capacidad de evolución;

TENIENDO presente la necesidad de reforzar el respeto de la sociedad hacia los derechos humanos y las libertades fundamentales de los niños;

CONSIDERANDO que el propósito de la ley de justicia juvenil es promover la reintegración del niño y que el niño asuma una función constructiva en la sociedad;

RECORDANDO la necesidad de proteger los derechos del niño, incluyendo su derecho a la privacidad;

Y TENIENDO presente la necesidad de que exista una ley que obligue al respeto, sea expedita, justa y proporcionada, prohíba la violencia contra los niños, y use la privación de la libertad como medida de último recurso y por un período de tiempo adecuado y lo más breve que proceda;

[Insertar palabras dispositivas]

PARTE [TÍTULO] 1: DISPOSICIONES GENERALES

Capítulo I: Disposiciones preliminares

Artículo 1 – Título

Esta Ley se denominará Ley de Justicia Juvenil [incluir la fecha].

Artículo 2 – Propósito

El propósito de esta Ley es establecer un marco legal de justicia juvenil que cumpla con la Convención sobre los Derechos del Niño y demás reglas y normas internacionales destinadas a salvaguardar los derechos de los niños y promover la reintegración del niño y que el niño asuma una función constructiva en la sociedad.

Artículo 3 – Definiciones

A los fines de esta Ley se aplicarán las siguientes definiciones:

“Acusado” – Un niño al que la policía, una autoridad de ejecución de la ley o un fiscal acusa formalmente de haber cometido un delito;

“Niño” – Es toda persona mayor de la edad de responsabilidad penal y menor de 18 años;

“Niño en conflicto con la justicia” – Es un niño del que se alega, se acusa o se reconoce haber infringido la ley penal;

“Autoridad competente” – La autoridad competente es la parte del sistema de justicia juvenil que está tratando con el caso en cuestión;

“Convicto” – El niño es un convicto cuando se le declara culpable por decisión judicial de haber cometido un delito penado por la ley;

“*Curator ad litem*” [“*guardian ad litem*”] – Es una persona designada por un tribunal para actuar en nombre del niño y de sus mejores intereses si sus padres o tutores no están disponibles;

“Privación de la libertad” – Toda forma de detención o custodia en un lugar o institución público o privado, del cual no se permite al niño salir voluntariamente, por orden de toda autoridad pública sea judicial, administrativa o competente;

“Detención” – Un término alternativo para la privación de la libertad;

“Muestra íntima” – Toda impresión dental o muestra de sangre, todo fluido, orina, vello púbico, o tomado con hisopo de cualquier parte de los genitales o de un orificio del cuerpo que no sea la boca;

“Asistencia jurídica” – Para los fines de esta Ley, el término “Asistencia jurídica” significa asesoramiento, asistencia y representación legal para los niños que estén en conflicto con la justicia;

“Tutor legal” – Es la persona que, en virtud de la ley o debido a una decisión legal, tiene responsabilidades paternas sobre el niño.

Artículo 4 – Alcance

(1) Esta Ley se aplicará en todo el país [nombre del Estado].

(2) Esta Ley se aplicará a todos los niños mayores de la edad de responsabilidad penal y menores de 18 años residentes o presentes en [nombre del Estado] que estén en conflicto con la justicia.

(3) Esta ley entrará en vigencia el [insertar fecha].

Variante

(3) Esta ley entrará en vigencia en la fecha que disponga [nombre de la autoridad competente] [por Decreto adoptado por [nombre de la autoridad competente]].

(4) Las disposiciones del derecho penal en general sólo se aplicarán si no son contrarias a esta Ley.

Capítulo II: Competencias

Artículo 5 – Tribunal de niños [de menores] [juvenil]

(1) Se establecerá por ley un tribunal de niños [de menores] [juvenil] en cada distrito [área] [área administrativa] judicial.

(2) El tribunal de niños [de menores] [juvenil] tendrá jurisdicción exclusiva para juzgar a los niños acusados de haber cometido delitos penales.

(3) Sólo los jueces juveniles designados [certificados] [nombrados] [especialmente capacitados] intervendrán en los tribunales de niños [de menores] [juveniles].

(4) Cuando un niño haya cometido un delito conjuntamente con un adulto, el niño será juzgado en el tribunal de niños [de menores] [juvenil] y sentenciado de acuerdo a esta Ley.

(5) Si se alega que una persona mayor de 18 años ha cometido un delito cuando era niño deberá ser juzgado por un tribunal de niños [de menores] [juvenil].

(6) Se establecerá una corte [cámara] en el tribunal de niños [de menores] [juvenil] compuesta por [insertar número de jueces] juveniles designados [certificados] [nombrados] con jurisdicción para atender a toda apelación dispuesta por esta Ley.

Artículo 6 – Fiscales especializados en niños [de menores]

(1) Se establecerán por ley fiscalías de niños [juveniles] en cada distrito [área] [área administrativa] judicial.

(2) En donde no haya fiscalías de menores especializadas, se nombrará un fiscal de menores especializado para tratar exclusivamente con niños delincuentes.

Artículo 7 – Unidades [oficinas] policiales especializadas

(1) Se establecerán unidades [oficinas] policiales especializadas en cada estación de policía en la que sólo trabajarán oficiales de policía designados [certificados] [nombrados] especialmente entrenados para niños [juveniles].

(2) En donde no haya unidades [oficinas] policiales especializadas para niños [juveniles], se nombrarán oficiales de policía para tratar exclusivamente con niños delincuentes.

Artículo 8 – Agencias de bienestar social

Personal entrenado especialmente de las agencias de bienestar social asistirán al tribunal de niños [de menores] [juvenil], a las fiscalías de niños [juveniles] y a las unidades [oficinas] policiales especializadas y trabajarán conjuntamente con el niño.

Capítulo III: Responsabilidad penal

Artículo 9 – Edad mínima de responsabilidad penal

(1) Ningún niño será responsable de la comisión de un delito mientras sea menor de [insertar la edad mínima de responsabilidad penal].

Variante

(1) Se presumirá conclusivamente que ningún niño menor de [insertar la edad mínima de responsabilidad penal] años de edad puede cometer un delito penado por la ley.

Variante

(1) Existirá la presunción irrefutable de que un niño menor de [insertar la edad mínima de responsabilidad penal] años de edad no puede cometer un delito penado por la ley.

(2) Los niños mayores de [insertar la edad mínima de responsabilidad penal] no serán juzgados por un delito que se alega hayan cometido mientras estaba por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal.

Artículo 10 – Prohibición de los delitos debidos a la condición [estatus]

Ningún niño será arrestado, [investigado,] acusado o responsable por la comisión de un acto o conducta que no sea considerada delito si hubiese sido cometido por un adulto [delito debido al estatus] [status offence].

Artículo 11 – Evaluación de la edad

(1) Cuando exista incertidumbre acerca de la edad del niño, el tribunal de niños [de menores] [juvenil] ordenará la evaluación de la edad lo más pronto posible.

(2) El tribunal de niños [de menores] [juvenil] determinará consideradamente la edad basándose en una evaluación completa de toda la información disponible, dando debido peso a toda documentación oficial que esté disponible tal como actas de nacimiento, certificados escolares, registros de salud, la declaración de la edad por parte de los padres o del niño, y una estimación expedida por un médico matriculado.

(3) Si con posterioridad a la evaluación de la edad persiste la incertidumbre acerca de la edad del presunto delincuente respecto a si es menor o mayor de [insertar la edad mínima de responsabilidad penal], se considerará que es menor de [insertar la edad mínima de responsabilidad penal]. Cuando persista la incertidumbre acerca de si el presunto delincuente es un niño o un adulto, se considerará que es un niño y estará dentro del ámbito de esta Ley de Justicia Juvenil.

Artículo 12 – Evaluación de la personalidad

(1) El tribunal de niños [de menores] [juvenil] contará con expertos [insertar agencia de bienestar social apropiada] que evalúen las condiciones personales, familiares, sociales y ambientales del niño para entender su personalidad y la medida de su responsabilidad penal antes de emitir todo juicio acerca del niño.

(2) Si después de concluir su evaluación de la personalidad el tribunal de niños [de menores] [juvenil] llegara a la conclusión de que el niño padece una enfermedad mental que hace que no sea responsable delictivamente, el niño será liberado de sus cargos y, de ser necesario, transferido a una institución especializada para ser tratado por médicos independientes.

PARTE [TÍTULO] 2: PROCEDIMIENTOS DE JUSTICIA JUVENIL

Capítulo I: Principios de justicia juvenil

Artículo 13 – Principios generales

Los principios contenidos en este Artículo se aplicarán a todos los capítulos de esta Ley.

(1) No discriminación

Un niño que esté en conflicto con la justicia debe ser tratado sin discriminación de ningún tipo, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

(2) El interés superior del niño

El interés superior del niño será la consideración primordial al actuar o tomar una decisión de acuerdo a esta Ley.

(3) Proporcionalidad

Todas las medidas que se tomen en/con relación a un niño en conflicto con la justicia deben ser proporcionales a las circunstancias y la gravedad del delito, a las circunstancias y necesidades educacionales, sociales y demás necesidades del niño.

(4) Primacía de las medidas alternativas a los procedimientos judiciales

Siempre que sea apropiado, medidas alternativas a los procedimientos judiciales considerarán para tratar con un niño en conflicto con la justicia. Todas las medidas o acciones extrajudiciales que se tomen como medidas alternativas a los procedimientos judiciales deben asegurar que se respeten plenamente los derechos humanos del niño y las salvaguardas legales.

Variante (4)

Siempre que sea apropiado, las medidas para tratar con un niño en conflicto con la justicia no deben involucrar procedimientos judiciales. Todas las medidas o acciones extrajudiciales que se tomen como medidas alternativas a los procedimientos judiciales deben asegurar que se respeten plenamente los derechos humanos del niño y las salvaguardas legales.

(5) Participación

Todo niño en conflicto con la justicia tiene el derecho de participar en las decisiones que le afecten y, en particular, debe dársele la oportunidad de oírlo en todo procedimiento judicial o administrativo. Tendrá el derecho a ser oído directamente o a través de un representante legal [u otro] [u organismo apropiado] y a que sus puntos de vista sean tenidos en cuenta de acuerdo a su edad y madurez.

(6) Procedimientos sin dilaciones

Las acciones que se tomen de acuerdo a esta Ley en relación con un niño en conflicto con la justicia deberán realizarse expeditamente desde un principio y sin dilaciones innecesarias.

(7) Presunción de inocencia

Todo niño en conflicto con la justicia tiene derecho a que se le presuma inocente hasta que se le pruebe culpable de acuerdo a la ley.

Variante (7)

Todo niño en conflicto con la ley tiene derecho a que se le presume inocente hasta que un tribunal de menores [juvenil] le declare culpable.

(8) La detención como medida de último recurso

La privación de la libertad sólo le será impuesta a un niño en conflicto con la justicia como medida de último recurso, deberá estar limitada al período de tiempo más breve posible y estará sujeta a revisión periódica.

Artículo 14 – Aplicación de los derechos procesales

(1) Los niños en conflicto con la justicia no deben tener menos derechos y salvaguardias legales que aquéllos que tienen los delincuentes adultos. Tienen derecho a protecciones y procesos especiales durante todas las etapas del proceso de justicia juvenil.

(2) Los siguientes derechos del niño se aplicarán durante todo el procedimiento:

- (a) el derecho a la asistencia jurídica;
- (b) el derecho a la información;
- (c) el derecho a un intérprete;
- (d) el derecho a que sus padres estén presentes; y
- (e) el derecho a asistencia consular.

Capítulo II: Medidas alternativas al procedimiento judicial [Remisión de casos]**Artículo 15 – Propósito de las medidas alternativas a los procedimientos judiciales**

El propósito de las medidas alternativas a los procedimientos judiciales es evitar instituir procesos judiciales en contra de un niño en conflicto con la justicia o suspender el proceso judicial, e influenciar el debido desarrollo del niño, aumentando su responsabilidad personal para promover su reintegración y que asuma una función constructiva en la sociedad.

Artículo 16 – Aplicación de medidas alternativas a los procedimientos judiciales

(1) Siempre que sea apropiado y deseable, la autoridad competente [policía] [fiscal] [tribunal de niños [de menores] [juvenil]] que trata con la causa crimi-

nal del niño deberá considerar si las medidas alternativas a los procedimientos judiciales mejor a la reintegración y protección del niño, los derechos de la víctima, la prevención de la delincuencia y/o la protección de la sociedad en vez del proceso judicial.

(2) Al considerar las medidas alternativas a los procedimientos judiciales [la remisión de casos], la autoridad competente [policía] [fiscal] [tribunal de niños [de menores] [juvenil]] debe tener en cuenta la gravedad del delito, la edad del niño, las circunstancias del caso y toda conducta delictiva previa.

Artículo 17 – Condiciones para las medidas alternativas a los procedimientos judiciales

(1) Sólo se impondrán al niño medidas alternativas a los procedimientos judiciales cuando:

- (a) existan pruebas contundentes de que el niño ha cometido el delito que se alega; y
- (b) el niño admita responsabilidad libre y voluntariamente.

(2) No se impondrán medidas alternativas a los procedimientos judiciales sin el consentimiento del niño y, cuando sea apropiado, el de sus padres o representante legal.

(3) Cuando el niño no tenga padres o representantes legales, o si no se puede encontrar a los padres o representantes legales o si el niño está alejado de ellos o si hay un conflicto de intereses entre los padres y el niño o el representante legal y el niño, el tribunal de niños [de menores] [juvenil] designará a un *curator ad litem* [*guardian ad litem*] que podrá consentir a las medidas alternativas a los procedimientos judiciales

(4) Antes del consentimiento:

- (a) se deberá proporcionar al niño y al padre o representante legal información adecuada y específica acerca de la naturaleza, contenido y duración de las medidas alternativas a los procedimientos judiciales y acerca de las consecuencias que conllevaría la falta de cumplimiento de las medidas alternativas a los procedimientos judiciales y
- (b) se deberá dar al niño la oportunidad de obtener asistencia jurídica y discutir si las medidas alternativas a los procedimientos judiciales que se le ofrecen son apropiadas y deseables.

Artículo 18 – Posibles Medidas alternativas a los procedimientos judiciales

(1) Las medidas alternativas a los procedimientos judiciales pueden incluir:

- (a) programas de justicia restaurativa, tales como mediación entre la víctima y el delincuente, conferencias del grupo familiar e intervención de trabajadores sociales;
- (b) advertencia verbal;
- (c) advertencia formal por escrito; y
- (d) asesoramiento psicológico para el niño y la familia.

(2) La autoridad competente [policía] [fiscal] [tribunal de niños [de menores] [juvenil]] tendrá facultad para expedir una orden de justicia restaurativa. El propósito de tal orden será capacitar al niño para que pueda reparar su delito ante la víctima, la comunidad y/o la sociedad.

(a) No se expedirá tal orden salvo que:

(i) el niño y el padre consientan libremente a la expedición de dicha orden; y

(ii) todo acuerdo acerca de la reparación a ser realizada por el niño sea razonable y proporcionada.

Cuando el niño no tenga padres, o exista un conflicto de intereses entre los padres y el niño, el representante legal [*curator ad litem*] [*guardian ad litem*] puede proporcionar tal consentimiento.

(b) Dicha orden puede requerir que el niño:

(i) reconozca su responsabilidad por el delito y demuestre entender el impacto del mismo sobre la víctima;

(ii) repare el daño causado a la víctima, la comunidad y/o la sociedad;

(iii) pida disculpas a la víctima; y

(iv) se obligue a realizar las actividades que se acuerden con la víctima o la comunidad.

(3) Las medidas alternativas a los procedimientos judiciales deben ser razonables y proporcionales al delito.

Artículo 19 – Cumplimiento de las medidas alternativas a los procedimientos judiciales [la remisión de casos]

(1) No habrá acusación relacionada por un delito penal para el cual se ha impuesto una medida alternativa al proceso penal [una medida de derivación] que haya sido cumplida por el niño.

(2) Si un niño ha cumplido con una medida alternativa al proceso judicial [una medida de derivación] se considerará que no ha sido convicto por un delito penal y no se considerará que tenga antecedentes penales.

Artículo 20 – Falta de cumplimiento de las medidas alternativas a los procedimientos judiciales

(1) Si un niño violare alguna condición adjunta a una medida alternativa al proceso judicial [una medida de derivación] la autoridad competente [policía] [fiscal] [Tribunal de niños [de menores] [juvenil]] puede decidir proseguir el proceso en contra del niño y al dictar sentencia debe tener en cuenta la parte de la medida que ya haya sido cumplida por el niño.

(2) La admisión de responsabilidad por el delito del que se le acusa, hecha con el propósito de solicitar una medida alternativa al procedimiento judicial [una medida de derivación] no puede ser usada en contra del niño en el juicio.

Capítulo III: Procedimientos previos al juicio

Artículo 21 – Derecho a la información ante la detención o arresto

(1) Todo niño que sea detenido o arrestado deberá ser informado inmediatamente acerca del [de los] motivo(s) de tal detención o arresto y sus derechos, de una manera que sea coherente con su nivel de entendimiento [adecuada al niño].

(2) El oficial de policía [oficial de ejecución de la ley] [oficial investigador] concierne deberá notificar inmediatamente a los padres o representante legal del niño acerca de su detención o arresto, proporcionando información acerca de:

- (a) por qué se ha detenido al niño; y
- (b) en dónde está detenido el niño.

Variante [aplicable a los Estados en los que el niño debe ser llevado ante el juez inmediatamente]

(2) El oficial de policía [oficial de ejecución de la ley] [oficial investigador] concierne deberá notificar inmediatamente a los padres o representante legal del niño, proporcionando información acerca del/os motivo(s) de la detención o arresto y en dónde está detenido el niño. Cuando no se haya procedido a tal notificación, el oficial de justicia designado [nombrado] deberá proceder inmediatamente, apenas el niño llegue al tribunal, a notificar a los padres o representante legal acerca de:

- (a) por qué se ha detenido al niño; y
- (b) en dónde está detenido el niño.

(3) Cuando no haya sido posible contactar a los padres o representante legal, el oficial de policía [oficial de ejecución de la ley] [oficial investigador] concierne debe obtener información del niño o de otras personas involucradas, acerca de a quién debe notificarse en su lugar y también mayor información que permita contactar a los padres o al representante legal.

(4) Cuando no se pueda contactar a esa otra persona, el oficial de policía [oficial de ejecución de la ley] [oficial investigador] concierne deberá informar inmediatamente a [insertar agencia de bienestar social que corresponda].

Artículo 22 – Prohibición del uso de la fuerza e instrumentos de coerción

(1) Queda prohibido el uso de fuerza e instrumentos de coerción durante la detención o arresto por la policía y bajo custodia policial excepto cuando medien las circunstancias que se establecen en este Artículo.

(2) La fuerza y los instrumentos de coerción sólo podrán ser usados por los oficiales de policía [oficiales de ejecución de la ley] [oficiales investigadores]:

- (a) en circunstancias excepcionales; y
- (b) cuando se hayan agotado y fallado todos los otros métodos de control.

(3) A los fines de este Artículo, se definen las circunstancias excepcionales como situaciones en las que se requiere actuar para evitar que el niño se lesione a sí mismo o a otros o para prevenir su escape.

(4) La fuerza y los instrumentos de coerción:

- (a) se usarán sólo por un período de tiempo lo más breve que proceda;
- (b) guardarán proporción con las circunstancias; y
- (c) no se usarán de una manera que pueda causar humillación o degradación.

(5) No se deberán usar los siguientes instrumentos de coerción sobre el niño:

- (a) armas o cuchillos;
- (b) esposas, cadenas, hierros o grilletes;
- (c) camisas de fuerza;
- (d) pistolas u otros instrumentos similares de descarga eléctrica;
- (e) gas pimienta u otros gases y sustancias similares; y
- (f) técnicas dolorosas.

(6) En ningún momento se usarán instrumentos de coerción sobre una niña embarazada.

(7) Todo uso de fuerza y/o instrumentos de coerción deberá ser registrado en un libro de registro oficial y estar disponible para ser inspeccionado por un organismo autorizado.

(8) Queda prohibido al personal portar y usar armas en todo lugar en donde un niño sea detenido o arrestado.

Artículo 23 – Derecho a la presencia de los padres o representantes legales

(1) Todo niño que sea detenido o arrestado:

- (a) tendrá derecho a la presencia de sus padres o representantes legales en el lugar en que esté detenido; y
- (b) ser interrogado acerca de la(s) infracción(es) que se alegan sólo en presencia de sus padres o representantes legales.

(2) Cuando:

- (a) no sea posible contactar a los padres o representantes legales dentro del plazo de una hora [dos horas] del arribo del niño a la estación de policía; o
- (b) los padres o representantes legales se nieguen a ir a la estación de policía; o
- (c) el niño no viva con sus padres o representante legal y no desee que se los contacte; o
- (d) se sospeche que los padres o el representante legal están involucrados en el mismo delito que se alega; el oficial de policía [oficial de ejecución de la ley] [oficial investigador] [fiscal] correspondiente

deberán asegurar que se contacte a [insertar la agencia de bienestar social apropiada] y asista al niño en la estación de policía.

Artículo 24 – Derecho a la asistencia jurídica

Un niño detenido o arrestado:

- (a) deberá recibir asistencia jurídica gratuita;
- (b) se le permitirá consultar con su abogado antes de ser interrogado por la policía [fiscal]; y
- (c) será interrogado acerca del [de los] delito(s) que se alega sólo en presencia de su abogado.

Variante

Si un niño es detenido o arrestado se le debe informar que tiene derecho a asistencia jurídica gratuita.

Artículo 25 – Derecho a un intérprete

- (1) Un niño detenido o arrestado que no pueda entender o hablar el idioma usual deberá contar con la asistencia gratuita de un intérprete.
- (2) Cuando se necesite un intérprete para un niño detenido o arrestado:
 - (a) el intérprete deberá estar presente en todas las ocasiones en las que se interrogue al niño; y
 - (b) toda prueba obtenida en ausencia del intérprete será inadmisibile durante el proceso judicial.

(3) El niño tendrá derecho a encontrarse con el intérprete antes del interrogatorio para asegurar que puede entender al intérprete.

Artículo 26 – Derecho a asistencia consular

- (1) Un niño extranjero que sea detenido o arrestado tendrá derecho a consultar inmediatamente, y en todo caso antes de ser interrogado, con los representantes diplomáticos y consulares del Estado al que pertenece.
- (2) A los niños extranjeros cuyo Estado no tenga representación diplomática o consular en el país y a los niños refugiados o sin nacionalidad se les permitirá la posibilidad de comunicarse con el representante diplomático del Estado que se hace cargo de sus intereses o con cualquier autoridad nacional o internacional encargados de proteger a tales niños.

Artículo 27 – Custodia policial [detención previa a la acusación]

- (1) Cuando el niño es llevado a la estación de policía luego de haber sido detenido o arrestado, o si es detenido o arrestado en la estación de policía luego de presentarse voluntariamente, los datos del niño deben ser registrados por el oficial de policía [oficial de ejecución de la ley] [oficial investigador] correspondiente.
- (2) El niño no debe ser encerrado en una celda o área segura, a menos que represente un peligro para sí mismo o para los demás.

Artículo 28 – Interrogatorio policial [fiscal]

- (1) Sólo aquellos oficiales de policía [funcionarios de ejecución de la ley] [oficiales de investigación] [fiscales] que hayan recibido entrenamiento especializado para trabajar con niños podrán interrogar al niño acerca del delito que se le atribuye.
- (2) Ningún niño debe ser sujeto a preguntas o interrogatorio coercitivo.
- (3) Ningún niño debe ser forzado a confesar o reconocerse culpable. Toda confesión obtenida de esa manera no se considerará como prueba admisible por el Tribunal de niños [de menores] [juvenil].
- (4) Al determinar si un niño ha sido forzado a confesar o reconocerse culpable, el tribunal deberá tener en cuenta la edad y desarrollo del niño, el uso de algún tipo de fuerza, la longitud del interrogatorio, los alicientes ofrecidos y toda otra circunstancia que el juez considere relevante.
- (5) El oficial de policía [oficial de ejecución de la ley] [oficial de investigación] [fiscal] debe tener en cuenta la edad, madurez y condiciones personales del niño al considerar cuándo interrogarlo y determinar las pausas adecuadas.
- (6) Un niño no deberá ser interrogado antes de las 8 de la mañana ni después de las 10 de la noche.
- (7) Se debe proveer al niño con comida y bebida adecuada a las horas normales de comida [y no menos de cada cuatro horas al día].
- (8) Se deberá proveer al niño las instalaciones de baño y lavado adecuadas para satisfacer sus necesidades de higiene.

Artículo 29 – Inspección [Revisación] no íntima de un niño

- (1) Un niño que ha sido detenido o arrestado sólo será inspeccionado [revisado] por un oficial de policía [oficial de ejecución de la ley] [oficial de investigación] de su mismo sexo.
- (2) Antes de ser inspeccionado [revisado] se informará al niño:
 - (a) cuál es el propósito de la inspección; y
 - (b) sobre qué bases se ha autorizado la inspección.
- (3) Toda inspección o examen que involucre más que un examen externo del cuerpo del niño, incluyendo su boca y cabellos o quitarse la ropa exterior, deberá ser realizado de acuerdo al Artículo 30.

Artículo 30 – Inspección íntima de un niño

- (1) Cuando el oficial de policía [oficial de ejecución de la ley] [oficial de investigación] [fiscal] desee realizar una inspección íntima tal como la define el Artículo 29(3), se deberá obtener una orden del tribunal de niños [de menores] [juvenil]. La orden deberá contener la siguiente información:
 - (a) el nombre del tribunal emisor y la firma del juez que expide la orden;

- (b) el nombre y los datos de la persona a quien la orden va dirigida y el título o rango de la(s) persona(s) autorizada(s) a ejecutar la orden;
 - (c) el propósito de la inspección;
 - (d) el delito penal que se alega haber cometido;
 - (e) una descripción de la prueba del delito penal; y
 - (f) la fecha de vencimiento de la orden.
- (2) Sólo se autorizará una inspección íntima cuando:
- (a) el examen sea estrictamente necesario para determinar hechos importantes para la investigación del delito penal; o
 - (b) cuando se ha establecido que se pueden encontrar pruebas específicas de un delito penal en el cuerpo del niño; y, en ambos casos,
 - (c) cuando el examen físico no sea perjudicial para la salud del niño.
- (3) La inspección íntima de un niño debe ser realizada sólo por un médico profesional o por enfermeros matriculados del mismo sexo que el niño.
- (4) La inspección íntima de un niño debe ser realizada sólo en:
- (a) un área especialmente designada de la estación de policía;
 - (b) un hospital;
 - (c) el consultorio de un médico profesional; o
 - (d) otros lugares autorizados que se usen para fines médicos.
- (5) La inspección íntima de un niño debe ser realizada sólo con la presencia de sus padres o del tutor legal.
- (6) Si el niño no da su consentimiento a la presencia de sus padres o tutor legal, o si estos no están disponibles, se deberá contar con la presencia de [insertar agencia de bienestar social apropiada] del mismo sexo que el niño.

Artículo 31 – Toma de una muestra no íntima de un niño

Sólo se tomará una muestra no íntima del niño:

- (a) en la estación de policía o en otro lugar designado por las reglamentaciones; y
- (b) por un oficial de policía [oficial de ejecución de la ley] [oficial de investigación] del mismo sexo que el niño.

Artículo 32 – Toma de una muestra íntima de un niño

(1) Sólo se tomará una muestra íntima de un niño:

- (a) el examen sea estrictamente necesario para determinar hechos importantes para la investigación del delito penal; o
- (b) cuando se ha establecido que se pueden encontrar pruebas específicas de un delito penal en el cuerpo del niño; y, en ambos casos,
- (c) cuando el examen físico no sea perjudicial para la salud del niño.

- (2) La autorización para tomar muestras íntimas debe ser obtenida del tribunal de niños [de menores] [juvenil].
- (3) Sólo se obtendrá una muestra íntima del niño en:
- (a) un hospital;
 - (b) el consultorio de un médico profesional; o
 - (c) otro lugar que se use para fines médicos.
- (4) La inspección íntima de un niño debe ser realizada sólo por un médico profesional o por enfermeros matriculados del mismo sexo que el niño.
- (5) Sólo se obtendrán muestras íntimas del niño en presencia de sus padres o tutor legal a menos que el niño requiera expresamente que sus padres o tutor legal no estén presentes.
- (6) Cuando los padres o tutor legal no estén disponibles se deberá contar con la presencia de [insertar agencia de bienestar social apropiada] del mismo sexo que el niño.

Artículo 33 – Liberación de un niño de la custodia policial

- (1) Cuando un oficial de policía [oficial de ejecución de la ley] [oficial de investigación] [fiscal] haya acusado a un niño por un delito, el niño debe ser liberado sin dilaciones y entregado a sus padres o tutor legal bajo condición de que debe volver a la estación de policía y comparecer ante el juez [competente] en una fecha específica.
- (2) Cuando el oficial de policía [oficial de ejecución de la ley] [oficial de investigación] [fiscal] considera que si se lo libera el niño puede:
- (a) cometer un delito grave [o si es un delincuente persistente];
 - (b) representar un peligro para sí mismo o para otras personas;
 - (c) tratar de obstruir el curso de la justicia o interferir con los testigos; y/o
 - (d) evitar que continúe el proceso judicial; se debe solicitar al Tribunal de niños [de menores] [juvenil] una orden de detención anterior al juicio [retención] [prisión preventiva] de acuerdo al Artículo 35.

(3) Un niño detenido por la policía después de haber sido aprehendido o arrestado debe ser llevado prontamente ante el tribunal de niños [de menores] [juvenil] autorizado por ley para ejercer facultades judiciales y, en todo caso, no más de 24 horas después de realizada la aprehensión o el arresto.

Artículo 34 – Aplicación de medidas alternativas a la detención anterior al juicio

- (1) Un niño presentado ante el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] debe ser liberado con los cargos y el juicio pendiente, sujeto a las excepciones contenidas en el Artículo 35.
- (2) No se requerirá al niño que pague una suma de dinero [dar fianza] a condición de su liberación.

(3) El Tribunal de niños [de menores] [juvenil] puede imponer condiciones para la liberación, que pueden incluir:

- (a) asistencia a un lugar determinado a ciertas horas del día;
- (b) períodos de detención domiciliaria;
- (c) un requerimiento de no asociarse o contactar a ciertas personas;
- (d) supervisión estricta;
- (e) cuidados intensivos; y/o
- (f) colocación en una familia o con padres sustitutos.

(4) Se podrá notificar al niño en presencia de sus padres o tutor legal y su abogado para que regrese al tribunal a un tiempo determinado.

Artículo 35 – Detención anterior al juicio

(1) En casos excepcionales, el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] podrá ordenar la detención anterior al juicio si:

- (a) el niño está siendo investigado por [ha sido acusado de] un delito grave [o si es un delincuente persistente]; y
- (b) tal detención es una medida de último recurso; y
- (c) es necesaria:
 - (i) cuando el niño representa un peligro para sí mismo o para otras personas; o
 - (ii) para evitar que interfiera con un testigo u otra obstrucción del curso de la justicia; o
 - (iii) para asegurar que el niño no evite la continuación del proceso judicial.

(2) La detención anterior al juicio debe ser por un período de tiempo lo más breve que proceda.

(3) Ningún niño permanecerá en detención con anterioridad al juicio por un período que exceda tres meses. Este período puede ser extendido sólo una vez, por otros tres meses.

(4) La detención anterior al juicio no se ordenará como sustituto de las medidas de protección del niño el tratamiento de salud mental o debido a la falta de vivienda.

(5) Todo período de detención anterior al juicio que se imponga sobre un niño será contado y deducido de la sentencia posterior de privación de la libertad.

Artículo 36 – Condiciones de la detención anterior al juicio

Un niño mantenido en detención anterior al juicio:

- (a) tendrá todos los derechos y garantías que dispone la Parte [Título] 2, Capítulo VI;
- (b) tendrá derecho a apelar en contra de la orden de detención; y

- (c) se le proveerá acceso a un abogado para permitirle preparar su caso o apelar en contra de la detención.

Artículo 37 – Revisión de la Detención anterior al juicio

- (1) Cuando un niño sea mantenido en detención anterior al juicio, su privación de la libertad debe ser revisada por el tribunal de niños [de menores] [juvenil] cada dos semanas.
- (2) El niño deberá estar presente ante el tribunal cada vez que se revise la detención anterior al juicio.
- (3) El niño debe contar con representación legal durante la revisión.
- (4) El Tribunal de niños [de menores] [juvenil] ordenará la continuación de la detención sólo si el fiscal satisface al tribunal de que existen motivos razonables para creer que subsisten los criterios del Artículo 35. Si no subsisten esos criterios, el niño deberá ser liberado inmediatamente.
- (5) El Tribunal de niños [de menores] [juvenil] deberá asegurar que el niño no está detenido con adultos o niños convictos y que está siendo detenido en condiciones adecuadas de acuerdo al siguiente Capítulo VI. Cuando las condiciones de detención no sean adecuadas, el niño deberá ser liberado o trasladado a un lugar alternativo adecuado.

Capítulo IV: El Juicio

Artículo 38 – Derecho a un juicio justo y pronto

- (1) Todo niño tiene derecho a un juicio justo ante un Tribunal de niños [de menores] [juvenil].
- (2) Se juzgará la causa de todo niño sin dilaciones y en todo caso sin que se extienda por más de seis meses contados desde la fecha de la acusación.

Artículo 39 – Derecho a información con anterioridad al juicio

Antes de comenzar el proceso, el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] deberá asegurar que el niño comprende:

- (a) la naturaleza de los cargos y los asuntos que deben ser determinados antes de que el niño sea declarado culpable;
- (b) el papel que desempeña el juez;
- (c) los procedimientos del tribunal y la consecuencias de una sentencia de culpabilidad; y
- (d) el lenguaje del tribunal. Si el niño no entiende el lenguaje dentro de lo estipulado en el Artículo 42(1), el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] deberá designar a un intérprete adecuado para las necesidades del niño.

Artículo 40 – Restricciones sobre el uso de esposas y otros medios de coerción

Las esposas u otras restricciones no están permitidas mientras el niño está en el tribunal o en tránsito hacia o desde el tribunal, a menos que represente un peligro para sí mismo o para los demás.

Artículo 41 – Derecho a la presencia de los padres o tutor legal durante el juicio

(1) Los padres o tutor legal tendrán derecho a estar presentes en el juicio [toda audiencia] del niño a menos que se considere que su presencia no está de acuerdo con el interés superior del niño.

(2) Si uno de los padres o tutor legal no asiste al juicio [proceso] [toda audiencia] relacionado con el niño, el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] nombrará un *curator ad litem* [guardian ad litem].

Artículo 42 – Derecho a la asistencia jurídica y consular durante el juicio

(1) Todo niño tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita durante el juicio.

(2) Cuando un niño comparezca ante el tribunal y no esté representado legalmente, el tribunal puede ordenar que tenga representación legal gratuita.

(3) El niño tendrá el derecho de despedir a su representante legal y a designar a un reemplazo [solicitar la designación de un reemplazo].

(4) Todo niño extranjero tiene derecho a asistencia consular durante el juicio.

Artículo 43 – Derecho a un intérprete durante el juicio

(1) Un niño que no pueda entender o hablar el idioma que se usa en el tribunal, o un niño que sea sordo o mudo o que tenga impedimentos del habla u otra discapacidad que reduzca su capacidad de comunicación deberá recibir gratuitamente la asistencia de un intérprete calificado.

(2) El niño tendrá derecho a encontrarse con el intérprete antes del juicio para asegurar que puede comprender al intérprete.

Artículo 44 – Derecho a la privacidad durante el juicio

(1) La regla general de que el juicio sea público no se aplicará a los procedimientos legales que involucren a un niño ni a las apelaciones en contra de una convicción o sentencia judicial que sean parte del proceso.

(2) Nadie estará presente en las audiencias del Tribunal de niños [de menores] [juvenil] a menos que su presencia sea necesaria para el proceso o que el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] le haya dado permiso para asistir.

(3) Aquella información que pueda conducir a la identificación del niño no podrá ser publicada de ninguna forma, sea oral, escrita, visual o virtual.

Artículo 45 – Derecho a participar durante el juicio

El Tribunal de niños [de menores] [juvenil]:

(a) permitirá que el niño se comunique con su abogado en todo momento del juicio;

(b) asegurará que el lenguaje que se use durante el juicio sea adecuado a la edad y comprensión del niño; y

- (c) asegurará que durante el proceso se dé al niño pausas adecuadas a su edad, salud y comprensión.

Artículo 46 – Derecho a conocer las pruebas durante el juicio

- (1) Ningún niño será juzgado en ausencia.
- (2) El niño tendrá derecho a conocer acerca de todas las pruebas del caso y permanecer en el tribunal en todo momento a menos que el tribunal decida que su presencia es perjudicial para el interés superior del niño.
- (3) El niño tendrá derecho a examinar o a hacer examinar a los testigos de la acusación y a obtener la asistencia y examen de los testigos a su favor bajo las mismas condiciones que los testigos en su contra.

Artículo 47 – Derecho a no ser obligado a dar testimonio o declararse culpable

- (1) Todo niño tendrá derecho durante el juicio a:
- (a) no ser forzado a prestar testimonio; y
- (b) rehusarse a responder preguntas incriminatorias.

Variante

- (1) Todo niño tendrá derecho a guardar silencio durante el juicio.
- (2) El Tribunal de niños [de menores] [juvenil] no deducirá inferencias adversas ni tratará al niño como culpable debido al ejercicio de este [estos] derecho[s].
- (3) Al decidir si admite una confesión hecha por el niño, el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] deberá tener en cuenta la edad del niño, su desarrollo, la longitud del interrogatorio, la comprensión del niño, el miedo a consecuencias desconocidas o a la sugerencia de una posibilidad de detención, los alicientes ofrecidos, la presencia de los padres o del tutor legal [adulto adecuado o responsable] y si el representante legal del niño estuvo presente.

Artículo 48 – Derecho a apelar

- (1) Todo niño convicto tendrá derecho a que la decisión y demás medidas impuestas sean revisadas por una corte de apelación [cámara] ante el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] de acuerdo al Artículo 5(6).
- (2) Todo niño será informado, en un lenguaje que pueda entender, acerca de su derecho a apelar.
- (3) Todo niño tendrá derecho a asistencia jurídica gratuita para apelar.

Artículo 49 – Interrupción del procedimiento

- (1) El Tribunal de niños [de menores] [juvenil] tendrá, en todo momento anterior a la convicción, la facultad de discontinuar el proceso y sobreeser al niño.
- (2) Cuando un niño comparece por primera vez ante el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] después de haber sido acusado de un delito, éste deberá verificar si la policía [fiscal] ha considerado el uso de remisión de casos en vez de proceder al juicio.
- (3) Si el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] considera que la policía [fiscal] no ha dado debida o ninguna consideración al uso de las medidas alter-

nativas a los procedimientos judiciales durante la fase prejudicial, el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] puede aplicar tales medidas de acuerdo a la Parte [Título] 2, Capítulo II [referir el caso de vuelta a la policía [fiscal] para su mayor consideración].

(4) El Tribunal de niños [de menores] [juvenil] puede en cualquier etapa del proceso referir el niño a [insertar agencia de bienestar social apropiada] para que realice una evaluación y determine si el niño necesita servicios de protección.

Capítulo V: Sentencia

Artículo 50 – Propósito de la sentencia

El propósito de una sentencia impuesta a un niño por el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] será promover la rehabilitación y reintegración del niño a la sociedad.

Artículo 51 – Principios de la sentencia

Todo Tribunal de niños [de menores] [juvenil] que imponga una sentencia a un niño declarado culpable de un delito penal debe tener en cuenta los siguientes principios:

- (a) que el niño sea tratado de una manera apropiada a su bienestar;
- (b) que toda sentencia dada al niño sea proporcional no sólo a las circunstancias y a la gravedad del delito sino también a la edad y a las circunstancias y necesidades individuales;
- (c) que toda sentencia debe promover la reintegración del niño para que éste asuma una función constructiva en la sociedad;
- (d) que la sentencia impuesta sea la que más probablemente capacite al niño para tratar con su conducta delictiva;
- (e) que la sentencia sea lo menos restrictiva posible;
- (f) que la detención es una medida de último recurso y no debe ser impuesta a menos que todas las sentencias disponibles que no sean sentencias bajo custodia hayan sido consideradas y juzgadas inapropiadas para satisfacer las necesidades del niño y proteger a la sociedad; y
- (g) que con posterior a toda convicción se elabore un plan individual de sentencia.

Artículo 52 – Informe de investigación social [informe previo a la sentencia]

(1) En todos los casos, el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] deberá obtener un informe de investigación social [informe previo a la sentencia] antes de dictar sentencia [pronunciar una decisión] respecto a un niño.

(2) El informe de investigación social [informe previo a la sentencia] deberá ser realizado por [insertar agencia de bienestar social apropiada].

(3) El informe de investigación social [informe previo a la sentencia] deberá proveer posibles alternativas a la sentencia dictada en contra del niño e incluir información acerca de los antecedentes familiares del niño, sus circunstancias actuales, incluyendo en dónde está viviendo y con quién, los antecedentes de educación y estado de salud del niño, infracciones previas, las circunstancias que rodean a la comisión del delito y el posible impacto de una sentencia sobre el niño.

Artículo 53 – Sentencias sin privación de la libertad

(1) Cuando un niño sea convicto de un delito penal, el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] debe considerar, según las circunstancias del caso, las alternativas a la privación de la libertad incluyendo, pero sin limitaciones, a:

- (a) la asistencia a un programa basado en la comunidad para ayudar al niño a tratar con su conducta delictiva;
- (b) el tratamiento intermedio y otras órdenes de tratamiento;
- (c) la libertad condicional;
- (d) un decreto de justicia restaurativa;
- (e) un decreto de tratamiento por drogas o alcohol;
- (f) asistencia psicológica;
- (g) un decreto de servicio comunitario;
- (h) un decreto de educación;
- (i) un decreto de exclusión;
- (j) un decreto de detención domiciliaria;
- (k) un decreto de actividad prohibida;
- (l) un decreto de supervisión;
- (m) un decreto de supervisión intensiva;
- (n) un decreto de adopción a corto plazo;
- (o) un decreto de residencia;
- (p) un decreto de atención; y
- (q) una sentencia suspendida.

(2) El Tribunal de niños [de menores] [juvenil] tendrá la facultad de decretar más de una medida sin privación de la libertad y determinar si dichas sentencias serán concurrentes o consecutivas.

Artículo 54 – Implementación de las sentencias sin privación de la libertad

(1) Dentro del marco de una medida sin privación de la libertad dada, se deberá determinar el tipo de supervisión y tratamiento más adecuados para cada caso individual, considerando las necesidades del niño. Toda supervisión y tratamiento deben ser revisados y ajustados periódicamente tal como sea necesario.

(2) Al considerar las condiciones que se adjunen a una medida sin privación de la libertad, el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] deberá tener en cuen-

ta las necesidades y los derechos del niño sentenciado, las necesidades de la víctima y las necesidades de la sociedad.

(3) Al comenzar la aplicación de una medida sin privación de la libertad, el niño deberá recibir una explicación apropiada a su edad y nivel de comprensión, tanto oral como escrita, de las condiciones que gobiernan la aplicación de la medida, incluyendo los derechos y obligaciones del niño.

(4) Para la aplicación de las medidas sin privación de la libertad, el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] podrá involucrar a los sistemas comunitarios y de apoyo social.

(5) Se proveerá al niño, según lo necesite, asistencia psicológica, social y material y oportunidades para fortalecer sus vínculos con la comunidad y facilitar su reintegración en la familia y / o en la sociedad.

(6) La duración de una medida sin privación de la libertad debe ser proporcionada y no exceder el período establecido por el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] de acuerdo con la ley.

(7) Se debe disponer la terminación temprana de una medida si el niño responde favorablemente a ella.

(8) Si una medida sin privación de la libertad conlleva supervisión, ésta será realizada por [insertar organismo apropiado o autoridad competente] con las condiciones específicas establecidas por esta Ley [o legislación secundaria a ser adoptada].

(9) Cuando se decida que es necesario un tratamiento, se deben realizar esfuerzos para comprender los antecedentes, la personalidad, las aptitudes, la inteligencia y los valores del niño y, especialmente, las circunstancias que le conducen a cometer el delito.

(10) El tratamiento debe ser conducido por profesionales que tengan la capacitación y experiencia práctica adecuadas y de acuerdo a las normas y reglamentos.

(11) Cuando se produzca una violación de las condiciones adjuntas a una medida sin privación de la libertad que resulte en una modificación o revocación de la medida sin privación de la libertad, ésta se hará sólo después de examinar cuidadosamente los hechos aducidos tanto por el oficial de supervisión [oficial de libertad condicional] como por el niño.

(12) La posibilidad de arrestar y detener al niño cuando se violen las condiciones de una sentencia sin privación de la libertad deberá ser dispuesta por ley.

(13) La violación de las condiciones adjuntas a una medida sin privación de la libertad no conducirá automáticamente la imposición de una medida de privación de la libertad.

(14) En caso de modificación o revocación de una medida sin privación de la libertad, el Tribunal de niños [de menores] [juvenil] deberá intentar establecer una medida alternativa adecuada sin privación de la libertad.

(15) Ante una modificación o revocación de una medida sin privación de la libertad, el niño tendrá derecho a apelar ante la corte [cámara] de apelaciones del Tribunal de niños [de menores] [juvenil] de acuerdo al Artículo 5(6) de esta Ley.

Artículo 55 – Sentencias con privación de la libertad

(1) La sentencia de privación de la libertad sólo será impuesta después de ser cuidadosamente considerada, sólo como una medida de último recurso y por el período más breve que proceda.

(2) El Tribunal de niños [de menores] [juvenil] no impondrá sentencias privativas de la libertad a un niño a menos que éste haya sido convicto por un delito grave [sea un delincuente persistente] y no haya otra respuesta apropiada.

(3) El niño cumplirá la sentencia de prisión en instituciones de detención que estén ubicadas lo más cerca posible del lugar en que residen sus padres o su tutor legal.

Artículo 56 – Sentencias prohibidas

(1) Ningún niño será sentenciado a la pena capital [sentencia de muerte] o cadena perpetua por un delito que haya cometido cuando era menor de 18 años.

(2) Ningún niño será sentenciado a tortura u a otro tratamiento o castigo cruel, inhumano o degradante.

(3) Ningún niño será sentenciado a castigos corporales.

(4) Ningún niño será sentenciado a realizar trabajos forzados.

Artículo 57 – Antecedentes penales

(1) En caso de convicción, los antecedentes penales del (de los) delito(s) de un niño se mantendrán en forma estrictamente confidencial y fuera del alcance de terceros.

(2) El registro no se usará en procesos de adultos en los que esté involucrado el mismo niño.

Capítulo VI: Menores sentenciados con detención

Artículo 58 – El propósito de la detención [privación de la libertad]

El propósito de la detención [privación de la libertad] será contribuir a la rehabilitación y reintegración del niño en la sociedad al:

(a) asegurar que el niño cumple su sentencia de privación de la libertad en un ambiente justo y humano que promueve su bienestar y respeta sus derechos y su dignidad; y

(b) proveer programas eficaces destinados a la rehabilitación y reintegración del niño.

Artículo 59 – Principios de la detención [privación de la libertad]

Además de los principios contenidos en el Artículo 13 se aplicarán los siguientes principios para promover la protección, rehabilitación y reintegración del niño privado de libertad:

- (a) todo niño privado de libertad debe ser tratado con humanidad y respeto por la dignidad inherente a la persona humana;
- (b) todo niño privado de libertad debe quedar protegido de toda forma de abuso y maltrato incluyendo el abandono, la explotación y el abuso sexual y emocional;
- (c) no se negarán los derechos de un niño privado de libertad, excepto en la medida que éstos hayan sido necesariamente removidos o restringidos para implementar la sentencia de privación de la libertad; y
- (d) Se usarán esquemas de liberación anticipada en la mayor medida posible y vinculada con la rehabilitación.

Artículo 60 – Ingreso a un lugar de detención

(1) Un niño privado de libertad no será admitido en un lugar de detención sin una orden del Tribunal de niños [de menores] [juvenil].

(2) Al ingresar:

- (a) se registrarán inmediatamente los datos del niño;
- (b) el niño será examinado médicamente lo más pronto posible; y
- (c) se entregará al niño:
 - (i) una copia de las reglas que se aplican en el lugar de detención;
 - (ii) un documento que establece los derechos y obligaciones del niño en una forma y un lenguaje que el niño pueda entender;
 - (iii) información acerca del modo de presentar quejas; y
 - (iv) acceso a asistencia jurídica gratuita y a asistencia consular.

(3) Los padres del niño o su tutor legal deberán ser notificados de su ingreso al lugar de detención.

Artículo 61 – Separación de los adultos, entre grupos de edad y por tipo de delito

(1) Un niño privado de libertad debe estar separado [en un lugar separado] de los detenidos adultos.

(2) Un detenido que llega a la edad de 18 años mientras cumple su sentencia cumplirá el resto de la misma en un lugar de detención para niños, siempre que cumpla su sentencia antes de cumplir 21 [25] años, a menos que se estime que esto va en contra de sus intereses superiores o de los intereses superiores de otros niños detenidos.

(3) La decisión de retener o transferir a un detenido a una institución para adultos deberá hacerse a través de [insertar autoridad competente] sobre la base de una evaluación completa del caso.

(4) Un detenido que haya cumplido 18 años y siga estando en un lugar de detención para niños no será contemplado como un adulto y tendrá los derechos y atribuciones que se establecen en la Parte [Título] 2, Capítulo I de esta Ley.

(5) Al cumplir 21 [25] años de edad, el detenido no permanecerá en las instalaciones de detención para niños, a menos que se considere que el dejar tales instalaciones no sirve a su interés superior.

(6) Un niño privado de libertad deberá ser mantenido solamente con otros niños del mismo grupo de edad y cuyos delitos sean conmensurados con el (los) delito(s) cometidos por ese niño.

Artículo 62 – Niñas y niños con necesidades especiales

(1) Una niña privada de libertad debe ser mantenida en forma separada [en instalaciones separadas] de los niños varones.

(2) Las instituciones de detención deben tomar las medidas necesarias para satisfacer las necesidades específicas de las niñas y de los niños con necesidades especiales para protegerles de todas las formas de abuso.

Artículo 63 – Derecho de acceso a los servicios de atención a la salud

(1) Se debe proveer a todo niño privado de libertad la atención y tratamiento médico que requiera, incluyendo, pero no limitándose a:

- (a) servicios psiquiátricos/psicológicas de salud mental;
- (b) servicios de rehabilitación por drogas y alcohol;
- (c) cuidados y tratamiento dental y oftalmológico;
- (d) servicios de salud reproductiva;
- (e) tratamiento por VIH/SIDA;
- (f) servicios prenatales para niñas embarazadas; y
- (g) revisiones médicas periódicas.

(2) Cuando la atención médica que se requiera no puede ser prestada dentro de las instalaciones de detención, se permitirá que el niño se ausente [y, en caso de emergencia, otorgarle permiso para ausentarse inmediatamente] para pasar por un examen médico y recibir el tratamiento médico necesario.

(3) Se debe obtener el consentimiento informado del niño para todo tratamiento médico que se le haga.

(4) Cuando el niño corra el riesgo de muerte o de sufrir un daño permanente a su salud, y se rehúsa a dar su consentimiento para el tratamiento médico, dicho consentimiento se puede obtener:

- (a) de los padres o tutor legal; o
- (b) en ausencia de los padres o tutor legal, del tribunal.

(5) Cuando un médico profesional determina que es necesario el tratamiento inmediato para preservar la salud o la vida del niño y la salud de otros, el tratamiento puede ser iniciado sin el consentimiento informado del niño, de sus padres o de su tutor legal.

(6) El niño tendrá derecho a requerir ser examinado y tratado por un médico profesional del mismo sexo que el niño.

(7) Todo período de ausencia para atención o tratamiento médico debe ser contado como parte del período de detención del niño.

(8) Cuando el examen médico revela que el niño ha sido objeto de abuso físico o sexual antes de la admisión o durante su detención en las instalaciones de detención:

- (a) se debe preparar un informe para las autoridades competentes; y
- (b) se debe proveer al niño asesoramiento jurídico gratuito para ayudarle a hacer un reclamo apropiado.

(9) Los informes médicos y los detalles de todo tratamiento recibido deben ser registrados y mantenidos en el archivo del niño. Tales registros serán transferidos a toda otra institución de detención de niños en la que se coloque al niño. Cuando el niño sea liberado, los registros serán sellados y, en el momento apropiado, cancelados.

Artículo 64 – Ambiente físico, alojamiento y nutrición

(1) Un niño privado de libertad tendrá derecho a instalaciones y servicios que satisfagan sus requerimientos de salud y dignidad humana. Las instalaciones y servicios deben ser debidamente mantenidos e incluir:

- (a) un lugar para dormir, compuesto por una cama separada en un dormitorio individual, excepto cuando se considere necesario que el niño comparta el dormitorio, que puede ser supervisado sin intrusiones;
- (b) ropa de cama suficiente y limpia, adecuada para el clima;
- (c) lugares de almacenamiento para objetos personales; y
- (d) instalaciones sanitarias adecuadas que sean higiénicas y que respeten la privacidad del niño y sus necesidades particulares de acuerdo a su sexo.

(2) Se deberá permitir que un niño privado de su libertad vista sus propias ropas, siempre que sean adecuadas. Cuando el niño ha obtenido permiso para dejar las instalaciones de detención, no vestirá ropas que le identifiquen como detenido.

(3) Un niño privado de libertad tendrá derecho a recibir suficiente alimento con valor nutritivo adecuado y acceso a agua limpia para beber.

Artículo 65 – Educación y formación vocacional

(1) Un niño privado de su libertad [en edad de escolaridad obligatoria] deberá recibir educación y formación vocacional mientras esté detenido [de acuerdo a los requerimientos de los programas de estudios nacionales].

Variante

(1) Un niño privado de su libertad [en edad de escolaridad obligatoria] deberá recibir educación igual a la que se provee a los niños en la comunidad.

(2) Se permitirá que un niño que esté por encima de la edad de escolaridad obligatoria y desee continuar con su educación así lo haga y tenga acceso a las oportunidades educativas y formación vocacional apropiada.

(3) Los programas educativos y de formación vocacional deberán [ser relevantes] promover las aptitudes que apoyarán la reintegración del niño a la sociedad y le prepararán para ser empleados en el futuro. Siempre que sea posible, el niño debe poder seleccionar los programas en los que esté interesado.

(4) Se deberán proveer programas de educación especial para niños con dificultades cognitivas o de aprendizaje y para los niños que han perdido escolaridad.

(5) Los diplomas o certificados de estudios no indicarán que el niño estuvo privado de su libertad [detenido] cuando los mismos fueron otorgados.

(6) La institución de detención deberá promover [y proveer] oportunidades para que el niño se eduque y/o se forme vocacionalmente fuera de la institución en la que está privado de su libertad [detenido].

Artículo 66 – Oportunidades de trabajo

(1) Un niño privado de su libertad debe tener la oportunidad de realizar trabajo remunerado.

(2) El trabajo no debe interferir con la educación y/o formación vocacional del niño, deberá server como un complemento significativo de la formación vocacional, deberá aumentar la posibilidad de encontrar empleo adecuado y deberá beneficiar al niño después de su liberación.

(3) El trabajo deberá ser remunerado equitativamente.

(4) El niño deberá estar protegido por las [leyes laborales nacionales] y de todas las formas de trabajo peligroso, dañino y/o explotación.

(5) La institución de detención deberá facilitar oportunidades de trabajo fuera de la misma.

(6) No se deberá hacer que el niño realice el trabajo como una forma de castigo.

(7) Todo dinero ganado por el niño como resultado del trabajo remunerado mientras esté alojado en las instalaciones de detención será distribuido por [insertar autoridad competente] al niño, sea mientras éste está detenido o al ser liberado.

Artículo 67 – Esparcimiento

(1) Toda institución de detención deberá proveer al niño privado de su libertad el tiempo necesario para hacer ejercicio y actividades de esparcimiento diariamente, tales como el ejercicio que se realiza al aire libre cuando el clima lo permite.

(2) Se deberá proveer actividades de esparcimiento y físicas apropiadas a todos los niños, incluyendo a los niños con necesidades especiales.

(3) Se deberá disponer de espacio, instalaciones y equipamiento adecuados dentro de las instalaciones de detención para permitir que los niños tomen parte en actividades de esparcimiento y físicas adecuadas.

(4) Se deberá ofrecer educación y terapia de remedio bajo supervisión médica a aquellos niños que lo necesiten.

(5) Se deberá dar a los niños tiempo libre adicional para realizar actividades de arte y artesanía y darles la oportunidad de participar en ellas.

Artículo 68 – Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

(1) Se deberá permitir que un niño privado de su libertad satisfaga las necesidades de su vida religiosa y espiritual y por lo tanto deberá poder asistir a, o conducir, servicios religiosos y recibir los libros u objetos de observancia religiosa que necesite. Se debe permitir que los representantes de religiones realicen servicios religiosos y hagan visitas.

(2) El niño tendrá derecho a no participar en los servicios religiosos.

(3) Se deberá respetar la libertad de conciencia y pensamiento del niño.

Artículo 69 – Contacto con la familia y el mundo exterior

(1) Un niño privado de su libertad deberá tener derecho a mantener contacto con sus padres, su tutor legal u otras personas significantes.

(2) Se permitirá al niño informar a sus padres, su tutor legal u otras personas significadas dentro de las 24 horas de su admisión o transferencia o colocación en todo lugar en el que esté privado de su libertad [detenido]. La institución en la que el niño está detenido debe proporcionarle un teléfono u otros medios de comunicación para permitirle transmitir esa información.

(3) La dirección de la institución de detención deberá promover medidas destinadas a facilitar el contacto entre los niños y sus familiares, sus tutores legales y otras personas significantes, incluyendo correspondencia y visitas.

(4) Se permitirá la comunicación y las visitas de familiares, tutor legal u otras personas significantes a menos que:

(a) exista una orden del Tribunal de niños [de menores] [juvenil] que restrinja la comunicación o las visitas de individuos específicos; o

(b) que la dirección de la institución de detención determine que la comunicación o visitas de individuos específicos tendrá un impacto perjudicial grave sobre el niño.

(5) Toda decisión de restringir las comunicaciones o las visitas deberá ser revisada periódicamente y debe estar sujeta a la objeción del niño.

(6) La dirección de la institución de detención deberá promover medidas destinadas a facilitar el contacto del niño con la comunidad, lo que incluirá el permiso para ausentarse.

Artículo 70 – Personal

Para promover el desarrollo, rehabilitación y reintegración de los niños, las instalaciones de detención deben contar con una cantidad suficiente de personal calificado y entrenado, incluyendo pediatras, médicos, enfermeros, educadores especializados en niños, instructores vocacionales, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales y personal de bienestar social.

Artículo 71 – Medidas disciplinarias

(1) Las medidas disciplinarias deben ser coherentes con el respeto a la dignidad inherente al niño y deben ser usadas sólo como medida de último recurso. Un niño privado de su libertad no quedará sujeto a medidas disciplinarias que signifiquen castigo cruel, inhumano o degradante, incluyendo, aunque no limitándose, a:

- (a) el castigo corporal; y
- (b) la colocación en una unidad de aislamiento o confinamiento solitario.

(2) El niño no deberá ser objeto de medidas disciplinarias que puedan comprometer su salud física o mental, incluyendo:

- (a) la denegación o reducción de comida;
- (b) la denegación de la atención necesaria para su salud; y
- (c) la denegación o reducción de las visitas familiares o el contacto con la familia.

(3) No se impondrá el trabajo como medida disciplinaria.

(4) Toda medida disciplinaria impuesta sobre un niño debe ser registrada por escrito en un libro de registro oficial que deberá estar disponible para ser inspeccionado por un organismo autorizado.

(5) Las reglas de disciplina y los procedimientos para aplicar las medidas permitidas deben estar disponibles y ser conocidas por todos los niños que cumplan sentencias de privación de la libertad, en un lenguaje que ellos puedan entender.

Artículo 72 – Uso de fuerza y/o coerción física

El Artículo 22 de esta Ley se aplica *mutatis mutandis* cuando un niño es sentenciado a la privación de su libertad en una institución de detención.

Artículo 73 – Revisaciones no íntimas e íntimas durante la detención

Los artículos 29 y 30 de esta Ley se aplican *mutatis mutandis* cuando un niño es sentenciado a la privación de su libertad en una institución de detención.

Artículo 74 – Sistema de inspección periódica e independiente

(1) [Insertar organismo de monitoreo independiente que corresponda] deberá monitorear todas las instalaciones de detención de niños para asegurar que se implementen plenamente las disposiciones relativas a la detención y al tratamiento de los niños privados de su libertad.

(2) Los inspectores deberán:

(a) realizar una inspección anual de cada institución de custodia de niños y tendrán derecho a realizar visitas no anunciadas a toda instalación o lugar en que haya niños detenidos;

(b) encontrarse durante cada inspección con los niños, sea individualmente o en grupos, sin la presencia del personal de detención, y ninguna inspección, será considerada completa si los niños no han sido entrevistados y se ha averiguado sus puntos de vista acerca de la implementación de las normas;

(c) tendrán acceso irrestricto a los niños, al personal de la institución y a sus instalaciones; y

(d) tendrán acceso irrestricto a todos los libros de registros, libros de incidentes y todos los demás registros o archivos relacionados con la administración de la institución, las condiciones de trato, el personal y los niños.

(3) Durante la inspección, los niños tendrán derecho a presentar quejas o reclamos directamente al inspector en reuniones privadas.

Artículo 75 – Quejas y peticiones

(1) Un niño privado de libertad tendrá derecho a presentar quejas y peticiones acerca de asuntos que le afectan ante:

(a) la dirección de la institución de detención;

(b) todo organismo supervisor; y/o

(c) el organismo de monitoreo independiente [insertar organismo correspondiente].

(2) Las quejas y peticiones deben ser tratadas de manera justa y expedita. En particular:

(a) los niños deben poder buscar el apoyo de familiares, representantes legales, organizaciones no gubernamentales y otras organizaciones e individuos apropiados para presentar una queja y/o reclamo;

(b) una queja y/o reclamo no debe ser censurado antes de que sea considerado por el organismo apropiado;

(c) se debe informar a los niños acerca del resultado de sus quejas y/o reclamos de una manera que puedan entender; y

(d) los niños no sufrirán consecuencias negativas como resultado de la presentación de una queja y/o reclamo.

Artículo 76 – Traslado de un menor detenido a otro lugar de detención

- (1) Un niño privado de libertad será trasladado a otro lugar de detención sólo cuando su rehabilitación y reintegración a la sociedad puedan ser logrados más eficazmente en otro lugar de detención o cuando haya riesgos graves de seguridad que hagan necesario el traslado.
- (2) Todo traslado de un niño privado de libertad a otro lugar de detención debe ser ordenado por el Tribunal de niños [de menores] [juvenil].
- (3) Toda la información y datos relevantes relacionados con el niño deberán ser transferidos para asegurar la continuidad de su atención.
- (4) Las condiciones bajo las cuales el niño es transportado deben cumplir con los requerimientos de humanidad y respeto hacia la dignidad inherente al niño.

Capítulo VII: Cuidados posteriores y reintegración*Artículo 77 – Preparación para la liberación*

- (1) Las actividades de rehabilitación en una institución de detención deben concentrarse en la preparación para la liberación del niño.
- (2) Lo más pronto posible después de cumplidos dos tercios del tiempo de detención y por lo menos tres meses antes de la fecha de liberación del niño, la dirección de la institución de detención deberá:
 - (a) informar al niño, a la familia y otras personas significantes acerca de la fecha de la futura liberación;
 - (b) cooperar con los servicios y agencias responsables de la supervisión del niño después de la liberación y desarrollar un plan de reintegración conjuntamente con el niño y su familia;
 - (c) asegurar que el niño comprende plenamente el plan de reintegración;
 - (d) proveer apoyo educativo y psicosocial para preparar al niño para su liberación;
 - (e) considerar el permitir que el niño haga visitas cortas a su hogar;
 - (f) permitir que el niño sea colocado en una institución más abierta en preparación para la liberación; y
 - (g) proveer información al niño de una manera que la pueda entender acerca del modo de acceder al apoyo y a la asistencia posterior a su liberación.
- (3) La dirección de la institución de detención deberá colaborar con [insertar agencia de bienestar social apropiada] del distrito [área de autoridad local] al que el niño planea regresar para preparar su plan de reintegración. El plan se preparará tan pronto como se conozca la fecha de liberación y no menos de tres meses antes de la fecha de liberación que se anticipa.

Artículo 78 – Liberación anticipada

(1) Una sentencia de detención impuesta sobre un niño [ejecución de una sentencia dictada contra un niño] debe ser revisada por [insertar autoridad competente respecto a esquemas de liberación] no menos de una vez cada seis meses, para determinar si es apropiado liberarlo.

(2) La revisión periódica deberá:

(a) incluir una evaluación complete del progreso de la rehabilitación del niño y si éste está listo para ser liberado;

(b) considerar los puntos de vista del niño y de la institución de detención durante la revisión; y

(c) incluir una recomendación por escrito acerca de la liberación o continuación de la detención del niño.

(3) Cuando la decisión de [insertar autoridad competente respecto a esquemas de liberación] sea no liberar al niño se deben dar los motivos de esto y presentar una declaración de los pasos que deben seguir el niño y la institución de detención para que se considere la liberación.

(4) La dirección de la institución de detención podrá en todo momento, cuando tenga razones para creer que detener al niño ya no es apropiado, solicitar de [insertar autoridad competente respecto a esquemas de liberación] que realice una revisión de la continuación de la detención del niño.

(5) El niño deberá ser informado del resultado de la revisión periódica y de la revisión de [insertar autoridad competente] en una manera que pueda comprender y lo más pronto posible.

Artículo 79 – Libertad condicional

(1) La [insertar autoridad competente respecto a esquemas de liberación] podrá imponer condiciones cuando se tome la decisión de otorgar la liberación anticipada a un niño sujeto a una sentencia de detención.

(2) El propósito de las condiciones impuestas será primordialmente apoyar al niño en su reintegración con posterioridad a su liberación.

(3) Se deberá ayudar al niño a cumplir con las condiciones impuestas por la [insertar autoridad competente respecto a esquemas de liberación].

(4) Si el niño violare [una] [las] condición [es] adjuntas a la liberación anticipada, esto no resultará automáticamente en una orden de la [insertar autoridad competente respecto a esquemas de liberación] para que el niño sea puesto de vuelta en detención. La orden para que el niño sea puesto nuevamente en detención sólo se dará si el niño ha violado [una] [las] condición(es) adjuntas a la liberación anticipada y se ha intentado lo necesario para ayudarle a cumplir con las condiciones.

(5) Cuando se ha dado una orden de colocar nuevamente al niño en detención debido a una violación de las condiciones adjuntas a la liberación anticipada:

(a) el niño tendrá derecho a objetar la orden;

(b) el niño tendrá derecho a asistencia jurídica por la duración de todo procedimiento relacionado con tal objeción; y

(c) la [insertar autoridad competente respecto a esquemas de liberación] deberá emitir una orden para que el niño sea puesto nuevamente en detención sólo si el mismo ha violado las condiciones adjuntas a la liberación anticipada y:

- (i) el niño representa un riesgo para sí mismo y para los demás y no puede ser adaptado a la comunidad; o
- (ii) si el niño ha sido sentenciado por otros delitos posteriores.

Artículo 80 – Liberación por razones humanitarias

(1) La [insertar autoridad competente respecto a esquemas de liberación] podrá en todo momento liberar a un niño si está satisfecha de que existen circunstancias excepcionales que justifiquen la liberación del niño por razones humanitarias.

(2) Al tomar tal decisión de ordenar dicha liberación, la [insertar autoridad competente respecto a esquemas de liberación] deberá, si así lo considera necesario, imponer las condiciones para la liberación.

Artículo 81 – Apoyo y supervisión con posterioridad a la liberación

(1) Al ser liberado, el niño será entregado a sus padres o tutor legal.

(2) Al ser liberado, el niño tendrá derecho a obtener apoyo práctico y psicosocial de [insertar agencia de bienestar social apropiada] para promover el éxito de su reintegración.

(3) Como mínimo, se proveerá al niño:

- (a) un lugar de residencia adecuado si el niño no puede retornar a su familia o si tal retorno no satisface su interés superior;
- (b) apoyo para acceder a la educación y/o formación vocacional y/o obtener un empleo;
- (c) vestimenta adecuada para el clima;
- (d) apoyo psicosocial, para asistir la reintegración del niño a su familia y a la comunidad;
- (e) transporte a su hogar o al lugar en donde va a vivir; y
- (f) apoyo económico hasta que haya finalizado su educación y/o formación u obtenido empleo, a menos que su familia le mantenga económicamente.

(4) Para facilitar el proceso de reintegración:

- (a) las autoridades locales [provincias] [distritos] deberán proporcionar alojamiento adecuado y otros servicios para ayudar a la reintegración del niño en la sociedad; y
- (b) [Insertar organismo apropiado de protección infantil] deberá coordinar la implementación de un plan de reintegración y la provisión de servicios de apoyo para el niño y su familia por los seis meses posteriores a la liberación, como mínimo.

Diseño y Producción:
Message Producciones
www.message.cl

La presente obra de 1.500 ejemplares se terminó de imprimir
en diciembre de 2014