

LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO PENAL DE
ADOLESCENTES.
FUNDAMENTOS EMPÍRICOS Y NORMATIVOS,
Y CONSECUENCIAS PARA UNA APLICACIÓN
DIFERENCIADA DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO*

[“The Specialty of Juvenile Criminal Law. Empirical and Regulatory Basis and the Consequences of a Differentiated Application of Substantive Criminal Law”]

JAIME COUSO**

Universidad Diego Portales, Santiago, Chile

RESUMEN

A la luz de los conocimientos empíricos aportados por la psicología del desarrollo y la criminología, y de los principios de derecho internacional que exigen dar un tratamiento jurídico especial a los adolescentes en materia penal, distinto del que reciben los mayores de edad, el artículo identifica una serie de estándares de juzgamiento diferenciado que deberían ser tenidos en cuenta en la aplicación del derecho penal sustantivo por parte de los tribunales. Para determinar con mayor precisión el contenido de tales estándares, el artículo ha tenido en cuenta su desarro-

ABSTRACT

In the light of the empirical knowledge contributed by developmental psychology and criminology, and of the principles of International Law that demand special legal treatment to teenagers, in terms of Criminal Law, other than that received by those of legal age, this article identifies a series of differentiated standards for trials that should be taken into account when the courts apply the substantive Criminal Law. In order to determine the content of said standards more precisely, this article has considered its development in Comparative Law, especially in countries

* Este trabajo fue preparado en el marco del proyecto FONDECYT N° 1080644, “El Principio de especialidad en el Derecho penal y procesal penal de adolescentes. Análisis dogmático y jurisprudencial”, cuyo investigador responsable es el autor (y co-investigador el profesor Mauricio Duce). El autor agradece especialmente la valiosa asistencia de la ayudante de investigación, Andrea Collell. También agradece a la ayudante del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal, María Fernanda Aguilera, por la revisión editorial de un primer borrador de este trabajo.

** Doctor en Derecho, Profesor titular de la Universidad Diego Portales. Dirección postal: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, República 105, Santiago, Chile. Dirección electrónica: jaime.couso@mail.udp.cl

llo en el derecho comparado, especialmente de los países cuya legislación penal de adolescentes mayor influencia ha tenido en la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes chilena: Alemania, España y Costa Rica.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal de adolescentes – Principio de especialidad – Derecho penal juvenil comparado: Alemania, España, Costa Rica – Juzgamiento diferenciado – Psicología del desarrollo – Criminología de adolescentes.

juvenile criminal legislation of which had a greater influence in the Chilean Law of Criminal Liability of Teenagers: Germany, Spain and Costa Rica.

KEYWORDS

Juvenile Criminal Law – Principle of Specialty – Comparative Juvenile Criminal Law: Germany, Spain Costa Rica – Differentiated trial – Developmental psychology – Juvenile criminology

RECIBIDO el 13 de marzo y ACEPTADO el 10 de abril de 2012.

I. INTRODUCCIÓN***

La Ley N° 20.084: *De responsabilidad penal de adolescentes* (= LRPA.) fue concebida como un sistema de responsabilidad penal especial, para los delitos cometidos por adolescentes¹, que según el “Mensaje” con que el presidente de la República envió el proyecto al Congreso, buscó adecuar la normativa nacional aplicable en la materia a “*los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* (= CIDN) *y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile*”.

Según el mismo “Mensaje”, la LRPA. se basa en una “*responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo*”, que fundamenta el establecimiento de “*un sistema de justicia especializado en todas las fases del procedimiento, y durante el control de ejecución de la sanción*” y no simplemente un conjunto de modificaciones puntuales al sistema penal, aplicables a los adolescentes.²

*** Nota: todas las traducciones de citas doctrinarias, jurisprudenciales o de textos legales reproducidos en este artículo, cuyas referencias corresponden a originales en inglés o en alemán, son del autor.

¹ Cfr. sobre ello, COUSO, Jaime, *Notas para un estudio sobre la especialidad del Derecho penal y procesal penal de adolescentes: el caso de la ley chilena*, en *Justicia y Derechos del Niño*, 10 (Unicef, 2008), p. 97.

² COUSO, J., *Notas*, cit. (n. 1), p. 98.

La especialidad de la respuesta penal a los adolescentes es reflejo, según el propio “Mensaje”, de los especiales principios reconocidos por la CIDN. a las personas menores de dieciocho años, fundamentalmente en los Arts. 37 y 40 de ese tratado internacional. Entre esos principios especiales de la CIDN. se cuentan: la excepcionalidad del recurso a la privación de libertad –como último recurso y por el tiempo más breve que proceda–, la adecuación general de la reacción penal a la edad del adolescente, y la orientación especial de las sanciones y medidas a su reintegración con una función constructiva en la sociedad.

En aplicación de los principios a que hace referencia el “Mensaje”, la LRPA. contiene reglas especiales fundamentalmente en relación con el tipo de sanciones que puede imponerse a los adolescentes, así como en su forma de cumplimiento y de controlarse su ejecución. Pero su especialidad es menos clara en relación con el procedimiento destinado a establecer su responsabilidad y a determinar la sanción, así como en lo relativo a las propias reglas de determinación de la sanción. En lo que atañe a los presupuestos de la responsabilidad penal de adolescentes, esto es, los elementos que determinan la existencia de un injusto penal y la responsabilidad (culpabilidad) del autor, prácticamente no hay reglas especiales (salvo, acaso, la del artículo 4 de la LRPA., en relación con los delitos sexuales impropios, y las que se refieren a las faltas).

Lo anterior no quiere decir que las diferencias entre el Derecho penal y procesal penal de adolescentes y el Derecho penal y procesal penal aplicable a los mayores de edad en Chile, deban reducirse a lo establecido en las reglas explícitas contempladas por la LRPA. Tampoco ocurre ello así en otros sistemas de derecho penal de adolescentes, semejantes al chileno.

En realidad, la especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes, más allá de esas reglas explícitas, deriva de la aplicación de principios jurídicos especiales, establecidos por los instrumentos internacionales que protegen derechos de los adolescentes imputados o condenados (por ej., el principio de excepcionalidad de la privación de libertad), sin perjuicio de su base –en ciertos casos– constitucional (por ejemplo, el principio de especial orientación de la justicia juvenil a la resocialización, reconocido por la CIDN., puede verse como un reforzamiento del principio establecido en las constituciones de ciertos estados, de que esa debe ser la orientación principal de las penas, en general). Así, si el legislador ha establecido reglas diferenciadas explícitas, es precisamente en aplicación de esos principios especiales.

La validez general de esos principios exige también a los tribunales tenerlos en cuenta al resolver cuestiones más concretas que las que contempla el legislador, o incluso al interpretar el alcance y validez de las reglas legales.

De hecho, si se examina la doctrina y la jurisprudencia de los países que

cuentan con legislaciones penales de adolescentes, puede constatar que buena parte del desarrollo de estándares de juzgamiento diferenciados, que configuran la especialidad del sistema penal de adolescentes en esos ordenamientos, no está dada por la existencia de reglas legales explícitas, diferentes de las que rigen a los mayores de edad, sino por decisiones judiciales que aplican estándares diferentes a los adolescentes, en aplicación de aquellos principios especiales, en su caso, para resolver una cuestión general (la culpabilidad, o la proporcionalidad entre la severidad de la pena y la gravedad del delito) teniendo en cuenta la diversa situación fáctica en que se encuentra el adolescente, en comparación con el mayor de edad.

Para un sistema penal de adolescentes aún relativamente nuevo, como el establecido por la LRPA., una cuestión fundamental es la que se pregunta acerca de cuáles, concretamente, son los estándares diferenciados de juzgamiento y de aplicación de garantías que se desprenden de los principios jurídicos especiales para adolescentes. Ello implica, no sólo identificar los principios y su contenido, sino también tener una perspectiva clara de en qué sentido, y específicamente en qué dimensiones de la realidad relevante, la situación del adolescente es diferente a la del mayor de edad, como para que aquellos principios se traduzcan en estándares de juzgamiento diferenciados.

La tarea de sistematizar, sobre la base de la especial situación del adolescente, y de los especiales principios que le son reconocidos, los estándares especiales con que los tribunales deben juzgarlos ha sido, en buena medida, abordada en relación con las normas de Derecho procesal penal³; en cambio, en relación con las normas de Derecho penal sustantivo el desarrollo es todavía fragmentario e incipiente⁴.

³ DUCE, Mauricio, *El Derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el nuevo proceso penal juvenil chileno*, en *Política criminal*, 5 (2010) 10, pp. 280-340; DUCE, Mauricio - COUSO, Jaime, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el Derecho comparado* (artículo recibido en *Política Criminal*, para evaluación).

⁴ La mayor parte de los trabajos se concentra en el campo de la determinación de penas; véase, por ejemplo: HORVITZ, María Inés, *Determinación de las sanciones en la Ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 7 (2006); CILLERO, Miguel, *Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes: consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad de la sanción*, ahora, en AA. VV., *Estudios de Derecho penal juvenil* (Santiago, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, 2009), I; COUSO, Jaime, *Límites a la imposición de sanciones privativas de libertad en el artículo 26 de la Ley de responsabilidad penal del adolescente*, ahora, en AA. VV., *Estudios de derecho penal juvenil* (Santiago, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, 2009), I; MEDINA, Gonzalo, *Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente*, ahora, en AA. VV., *Estudios de Derecho penal juvenil* (Santiago, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, 2009), I. Esfuerzos todavía aislados de sistematizar

Este trabajo se propone sistematizar tales estándares especiales de juzgamiento, en materia de Derecho penal sustantivo, en particular, en relación con los presupuestos de la responsabilidad penal y la determinación y el control de la ejecución de las penas. Para ello, en la primera parte, se examina las principales afirmaciones empíricas de la psicología del desarrollo y de la criminología, acerca de la diferente situación en que se encuentra el adolescente, en comparación con el mayor de edad, que han incidido en el establecimiento de principios especiales para su juzgamiento penal (más abajo, II). Sobre esa base, en la segunda parte, se sintetizan precisamente los principios básicos establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos, en materia de especialidad del Derecho penal de adolescente (más abajo, III, 1), para, a continuación, deducir, de esos mismos principios, y teniendo en cuenta los antecedentes empíricos registrados en la primera parte, determinados estándares de juzgamiento diferenciado de los adolescentes, en relación con el derecho penal sustantivo, cuyo contenido y alcance se explica de la mano del derecho comparado que más influyó en el

criterios de juzgamiento especiales en relación con los presupuestos de la punibilidad se encuentran en COUSO, *Notas*, cit. (n. 2); HERNÁNDEZ, Héctor, *El nuevo Derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su "teoría del delito"*, en *Revista de Derecho*, 20 (Valdivia, 2007) 2, pp. 195-217. Varios otros trabajos se interesan en la política criminal de adolescentes, y si bien extraen algunas consecuencias dogmáticas, no es ese su objetivo, por lo que no se encuentra en ellos una exposición sistemática de criterios y estándares de aplicación especial de las normas penales, que podría derivarse de los objetivos de política criminal de adolescentes: véase: , por ejemplo: COUSO, Jaime, *La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084*, en AA. VV., *Estudios de Derecho penal juvenil* (Santiago, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, 2009), I; COUSO, Jaime, *Principio educativo y (re)socialización en el Derecho penal juvenil*, en *Justicia y Derechos del Niño*, 9 (Unicef, 2007); VALENZUELA, Jonathan, *La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 11 (2009), pp. 235-261. Por su parte, el valioso balance que, sobre los primeros tres años de aplicación de la LRPA., recientemente ofrece BERRÍOS, Gonzalo, *La Ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas*, en *Política Criminal*, 6 (2011) 11, pp. 163-191, examina críticamente el nivel de coherencia del funcionamiento práctico del sistema de justicia penal juvenil con los principios que se supone lo definen como un sistema especial de responsabilidad penal de adolescentes, pero su acento no está en el examen de la interpretación y aplicación judicial de criterios y estándares especiales, sino en el resultado agregado que la práctica judicial y del Ministerio Público producen, en buena medida contraria a algunos de esos principios. En materia de revisión y modificación de sanciones, véase también, recientemente: ESTRADA, Francisco J., *La sustitución de pena en el Derecho penal juvenil chileno*, en *Revista Chilena de Derecho*, 38 (2011) 2, pp. 545-572; y COUSO, Jaime, *Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial*, ahora, en AA. VV., *Estudios de Derecho Penal Juvenil* (Santiago, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, 2011), II, pp. 269-355.

diseño de la LRPA. chilena: el de Alemania, España, Costa Rica y Estados Unidos de América⁵ (más abajo, III, 2).

Cabe advertir, en todo caso, que la distinción empleada en este lugar, entre principios y estándares de juzgamiento no pretende alcanzar ningún estatus consistente desde el punto de vista conceptual. De hecho, cuando se haga referencia a algún estándar de juzgamiento (por ejemplo, el de que la privación de libertad se utilice sólo como último recurso), se apreciará que realmente no hay razón para no considerarlo un principio jurídico (en el sentido de Alexy⁶, como “*mandato de optimización*”). Por ello, la distinción debe entenderse más bien referida a unos principios básicos, por una parte, y unos principios operativos de juzgamiento, por la otra, entendiendo que los primeros (entre los que se cuenta la especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, frente al sistema penal y la privación de libertad) son más bien principios orientadores para la política de justicia penal de adolescentes, mientras que los segundos (entre los que precisamente se ubica la excepcionalidad de la privación de libertad, como derivación de la especial protección del desarrollo) aspiran a constituirse en principios directamente operativos en el juzgamiento penal, que debiesen ser parte del “check list” de una buena decisión judicial en la materia. Las denominaciones principios y estándares de juzgamiento aluden, de manera abreviada, a esas nociones.

II. DIFERENCIAS RELEVANTES DESDE LA PSICOLOGÍA DEL DESARROLLO Y LA CRIMINOLOGÍA

La afirmación de diferencias psicológicas y criminológicas normativamente relevantes entre los adolescentes y los mayores de edad, en lo que atañe a sus comportamientos delictivos, es un tópico argumentativamente complejo y poco desarrollado en la literatura jurídica chilena. Su complejidad deriva de que la creación de un sistema de responsabilidad penal de adolescentes mayores de catorce años en Chile –posibilidad debatida políticamente desde la década del noventa del siglo XX–, en alguna medida tuvo que apoyarse en la negación de una diferencia radical entre adolescentes y mayores de edad. Esa diferencia radical, en cambio, era esencial para la doctrina jurídica en la que se basó el Derecho tutelar de menores, que los consideraba a todos, en general, incapaces, y, en particular, penalmente inimputables. La creación de un sistema de responsabilidad penal de adolescentes, en Chile, por lo

⁵ Si bien el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica tiene más importancia en la reconstrucción dogmática de ciertos estándares especiales de aplicación de normas procesales penales; véase: DUCE - COUSO, *El Derecho*, cit. (n. 3).

⁶ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte* (Baden-Baden, Suhrkamp, 1994), pp. 75 ss.

tanto, en buena medida respondía al argumento de que los adolescentes se parecen, en una dimensión relevante, a los mayores de edad: son capaces de culpabilidad y *prima facie* deben responder penalmente⁷. Sus diferencias en otras dimensiones relevantes, por cierto, justifican –reza el argumento– que el sistema de responsabilidad al que se les sujetará sea diferente⁸, pero, ya en plano retórico, es claro que este alegato a favor de la diferencia no tiene la radicalidad del que formuló el movimiento que fundó, a fines del siglo XIX, el Derecho tutelar de menores⁹.

⁷ Es interesante reseñar que en el proceso inmediatamente previo a la redacción de los primeros anteproyectos de *Ley de responsabilidad penal de adolescentes*, por parte del Ministerio de Justicia del Gobierno del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, una “cuestión previa” que fue decisiva para la administración de la época fue la dilucidar, o por lo menos, conferir base científica a la afirmación de esta semejanza, que se expresó en la elaboración, por parte de una conocida experta en desarrollo infanto-juvenil, de “un análisis de los factores que inciden en el desarrollo cognitivo y moral de los adolescentes [...] en relación a su capacidad de asumir la responsabilidad penal”; véase: el estudio en KOTLIARENKO, María Angélica, *Estudio psicológico acerca de la edad de responsabilidad penal* (Informe de Consultoría para Unicef-Chile, inédito, Abril de 1998).

⁸ Ya en CILLERO, Miguel y otros, *Niños y adolescentes. Sus derechos en nuestro Derecho* (Santiago, Servicio Nacional de Menores, 1995), p. 110. Véase también, más recientemente: CILLERO, Miguel, *El tratamiento de la criminalidad violenta grave en el derecho penal juvenil* (tesis doctoral inédita, Universidad Pablo de Olavide, mayo de 2010), p. 460, en relación con el tratamiento jurídico debido a los adolescentes autores de graves delitos violentos, partiendo siempre de la base de la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a los adolescentes, quienes sí tienen capacidad de culpabilidad, pero desarrollando, luego, en profundidad el argumento de una capacidad penal disminuida de los adolescentes, por su menor madurez y competencias, sin perjuicio de enmarcarla en un contexto más amplio, vinculado al principio constitucional de proporcionalidad, los fines de la pena y el deber de protección jurídica de la fase de desarrollo en que se encuentran los adolescentes, contexto que, tomando en cuenta la menor exigibilidad derivada de aquella diferencia psicológica, da, sin embargo, fundamentos más profundos a la exigencia de un tratamiento jurídico penal diferente al de los adultos.

⁹ Alegato que –a estas alturas ya no es posible negarlo–, no se tradujo en una auténtica abolición de la respuesta penal frente a los pretendidos inimputables, que siguió perviviendo, bajo la forma de un sistema penal encubierto (si bien, en paralelo con un ámbito variable de despenalización); véase: , para el caso de los Estados Unidos de América, por todos, PLATT, Anthony, *Los “Salvadores del Niño” o la invención de la delincuencia* (traducción castellan, México D.F. - Buenos Aires, Madrid, Siglo XXI, 1982); desde otra perspectiva, ZIMRING, Franklin, *The Common Thread: Diversion in the Jurisprudence of Juvenile Courts*, ahora, en ROSENHEIM, Margaret K. y otros (editores), *A Century of Juvenile Justice* (Chicago-Londres, University of Chicago Press, 2002); y, para el caso chileno, CILLERO Miguel, *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia en Chile, ahora*, en PILOTTI FRANCISCO (coordinador), *Infancia en riesgo y políticas sociales en Chile* (Montevideo, Ediciones Instituto Interamericano del Niño), 1994.

Además, como se dijo, en la literatura jurídica nacional (sobre la *Ley de responsabilidad penal de adolescentes*) la diferencia –relevante para la cuestión de la responsabilidad penal– entre el adolescente y el mayor de edad, está poco desarrollada. En efecto, si bien es común el reconocimiento de que los adolescentes están en una especial situación ante el Derecho penal sustantivo, con lo que algunas veces se alude a su menor grado de desarrollo, su menor madurez y competencias sociales, otras veces, a sus necesidades especiales y su mayor vulnerabilidad frente a los efectos negativos del proceso penal y de la pena, en general, no se ofrece una caracterización precisa –apoyada en conocimientos psicológicos y criminológicos singulares– acerca de cuáles son las dimensiones de la realidad personal y social del adolescente que constituyen esa diferencia¹⁰.

Sobre la base de esa situación fáctica diferente, se ha llegado a desprender, todavía sin mayor desarrollo dogmático-jurídico, la idea de que corresponde valorar de manera diferenciada determinados presupuestos de la punibilidad –generalmente se alude a la culpabilidad–, o de alguno de sus elementos –típicamente, la exigibilidad de otra conducta– o, incluso, ciertas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal –como la agravante de “pluralidad de malhechores”–¹¹, si bien la diferencia valorativa más común y significa-

¹⁰ Cfr., sin embargo, el trabajo de tesis doctoral de CILLERO, M., *El tratamiento*, cit. (n. 8), pp. 460 ss., que registra con mayor detalle y precisión los conocimientos de psicología del desarrollo de los que se desprende, especialmente en la tradición del derecho y la jurisprudencia angloamericana, consecuencias normativas diferenciadoras del tratamiento debido a los adolescentes, especialmente en el campo de los delitos violentos.

¹¹ Así, por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho penal del niño-adolescente (Estudio de la Ley de responsabilidad penal del adolescente)* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007), pp. 16 ss., 37 y 67, identifica globalmente una situación diferente entre el niño-adolescente y el adulto, en términos de su grado de desarrollo del adolescente, de los conflictos que enfrenta –vinculados a su necesidad de nuevas experiencias– y de su vulnerabilidad a la pena (que afecta más intensamente sus derechos), así como de la especial afectación que la pena provoca en el adolescente, diferencias a partir de las cuales deriva consecuencias en materia de una menor exigibilidad de otra conducta, juzgamiento diferenciado de los presupuestos de la punibilidad (sin llegar a desarrollar una dogmática a este respecto) y de sanciones diferenciadas. MALDONADO, Francisco, *La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescente. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado*, en *Justicia y Derechos del Niño*, 6 (Unicef, 2004), pp. 130 ss., también parte de la base de una diferencia en el adolescente, en relación con su motivabilidad por las normas penales e, incluso, en relación con su percepción valorativa de tales normas, si bien no lo interpreta como un déficit (de imputabilidad, o de culpabilidad), sino como una diferencia, de modo que el adolescente no tendría “menor capacidad” sino una “capacidad como adolescente”, que, en todo caso, justifica una menor exigibilidad. Algunos trabajos se refieren con más detalle a dinámicas psicológicas y criminológicas diferenciales en los adolescentes,

tiva en la práctica es la que se refiere a los límites que corresponde imponer al recurso a la privación de libertad, y a los criterios de individualización judicial de las penas¹².

En los próximos dos apartados (1 y 2) se sintetizan las principales afirmaciones hechas desde la psicología del desarrollo y de la criminología empírica, con consecuencias normativas sobre la corrección y justicia de un tratamiento jurídico diferenciado para a los adolescentes. Con todo, no siendo posible en este lugar valorar científicamente la validez de esas afirmaciones, dado el objetivo de este trabajo –sistematizar los fundamentos empíricos y normativos de un juzgamiento especial de los adolescentes en cuestiones de Derecho penal sustantivo– se ha optado por registrar conjuntamente, algunos de los antecedentes científicos que avalan aquellas afirmaciones, con las evidencias disponibles de la recepción que ellas han encontrado a nivel de instrumentos internacionales o de decisiones de tribunales de alto rango en el propio derecho internacional y en el derecho comparado, pues en esta recepción se encuentra una base directa para algunos de los fundamentos normativos de la especialidad del derecho penal de adolescentes. Con el recurso a esta recepción normativa de determinadas afirmaciones empíricas, de carácter psicológico y criminológico, se apela, de algún modo, a un cierto sentido común internacional sobre la diferencia existente entre adolescentes y mayores de edad frente al Derecho penal. En efecto, como se verá, algunas de aquellas afirmaciones empíricas están explícitamente tenidas en cuenta como fundamento de las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos referidos a la materia¹³, y si bien ello

para extraer sacar consecuencias normativas acotadas, por ejemplo, en materia de juzgamiento del comportamiento en grupo, especialmente a propósito de la valoración de la “agravante de “pluralidad de malhechores” (así, CARNEVALI, Raúl - KÄLLMAN, Eva, *La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal*, en *Política Criminal*, 4 (2007) 1, pp. 1-24 [<http://www.politicacriminal.cl>]. Véase también una panorámica de las posibles consecuencias normativas de la diferente situación en que se encuentra el adolescente y el mayor de edad, todavía como una propuesta para un programa de investigación futuro, en COUSO, Jaime, *Notas*, cit. (n. 1)

¹²Véase la n. 4.

¹³En particular, las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (“Reglas de Beijing”), adoptadas por la Asamblea General en su resolución N° 40/33, de 28 de noviembre de 1985, y las *Directrices de las Naciones Unidas, para la Prevención de la Delincuencia Juvenil* (“Directrices de Riad”), Resolución N° 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990, 68ª sesión plenaria, todas las cuales se basan, en buena medida, en unos determinados supuestos fácticos, en una cierta idea, especialmente, de cómo es la delincuencia juvenil, cuáles son sus causas, y qué efectos tienen ella las medidas que tradicionalmente se implementan por la justicia juvenil. V, al respecto, COUSO, Jaime, *Sistemas de justi-*

no suple la eventual falta de validación científica, confiere especial relevancia a aquellas *asunciones empíricas*, justamente en la medida que forman parte de la *ratio* de los principios normativos formulados por esas mismas instancias.

1. *Afirmaciones formuladas desde la psicología del desarrollo.*

La psicología del desarrollo parte de la base de que, antes de alcanzar la adultez, las personas pasan por una serie de fases evolutivas en sus procesos mentales operacionales, de razonamiento legal, de internalización de expectativas sociales y legales, y de toma de decisiones éticas¹⁴. Y si bien, desde esta misma perspectiva resulta que los adolescentes mayores de catorce años (que ya llegaron a la fase del “pensamiento operacional formal”) ya han adquirido, siquiera en un nivel básico, los valores morales y legales, así como la capacidad para orientar su comportamiento¹⁵, lo que, también en principio, legitima reconocerles responsabilidad penal por sus delitos, existen, sin embargo, un conjunto de diferencias relevantes entre sus capacidades y las de un adulto maduro, afirmadas por la psicología del desarrollo, que han alcanzado una gran influencia, en diversas jurisdicciones¹⁶, y en algunos instrumentos internacionales¹⁷, como fundamento para la formulación de estándares de juzgamiento diferenciado para los adolescentes. A continuación se sintetizan aquéllas cuya aceptación e influencia son más amplias, haciendo referencia, en su caso, a su recepción por parte de decisiones de tribunales supremos que gozan de especial autoridad o por instrumentos internacionales en la materia.

a) Los adolescentes tienen menor capacidad cognitiva para razonar y entender. Una serie de estudios, desarrollados principalmente en Estados Unidos de Norteamérica, ha confirmado que los adolescentes cuentan con capacidades cognitivas suficientes, en un nivel básico, para tomar decisiones de cierta complejidad, de manera informada, en ciertas áreas de su

cia penal juvenil y políticas de prevención, en *Derecho penal mínimo. Revista de Análisis Jurídico Penal*, 5 (México, 2011), pp. 155-168.

¹⁴ FELD, Barry, *Bad Kids* (New York - Oxford, Oxford University Press, 1999), p. 306.

¹⁵ *Ibid.*, p. 307.

¹⁶ Véase: CILLERO, M., *El tratamiento*, cit. (n. 8), pp. 460 ss.

¹⁷ Así, por ejemplo, en la “Observación General” N° 10 (2007): “Los derechos del niño en la justicia de menores”, del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, disponible en: www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC10_sp.doc [consultado el 19 de septiembre de 2011], párrafo 10: “[...] *Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas [...]. 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*”.

vida. Estos estudios son invocados, típicamente, para justificar entregar competencia legal a los adolescentes en materias vinculadas con el consentimiento informado frente a tratamientos médicos, y muy especialmente, en materias vinculadas con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, como el uso de anticoncepción regular y de emergencia, y la decisión de someterse a un aborto¹⁸. Sin embargo, en contra la suposición (que podría desprenderse, irreflexivamente, de las “fases” evolutivas que, de forma categorial, propone Piaget, asociadas a determinadas edades), de que alcanzada una determinada fase de desarrollo, los niños adquieren las competencias descritas para ella, en relación con todos los dominios de su comportamiento, los psicólogos cognitivos afirman que las habilidades se desarrollan en diversa medida para distintos dominios, que la competencia de tomar decisiones de un tipo no puede generalizarse, y que “la evidencia científica indica que, en general, la capacidad cognitiva de razonar y comprender de los preadolescentes y muchos adolescentes más jóvenes es sustancialmente diferente en ciertos aspectos de la que tienen los adolescentes mayores y los adultos”¹⁹, al punto que la capacidad de razonar “in an adult style” (“a la manera de un adulto”) recién se adquiere en torno a los dieciséis o diecisiete años²⁰.

b) Los adolescentes tienen menor capacidad de juicio y de autocontrol. Incluso con independencia de aquellas diferencias en el desarrollo de las capacidades cognitivas entre adolescentes y adultos, otras diferencias entre ellos determinan que las capacidades abstractas de los adolescentes para razonar de forma inteligente e informada (apreciada, generalmente, en situaciones de laboratorio²¹), no son ejercidas con la misma competencia que un adulto.

En particular, se apunta a la influencia negativa que, sobre la capacidad del adolescente de juicio y de autocontrol –tanto en un contexto de frustración como frente a una tentación²²– tienen, los siguientes factores²³:

¹⁸ SCOTT, Elisabeth, *Criminal Responsibility in Adolescence: Lessons from Developmental Psychology*, en GRISSE, Thomas - SCHWARTZ, Robert, *Youth on Trial. A developmental Perspective on Juvenile Justice* (Chicago - Londres, The University of Chicago Press, 2000), p. 302. Véase también: FELD, B., *Bad Kids*, cit. (n. 14), pp. 307-308.

¹⁹ SCOTT, Elisabeth, *Criminal Responsibility*, cit. (n. 18), p. 303.

²⁰ ZIMRING, Franklin, *Penal Proportionality for the Young Offender: Notes on Immaturity, Capacity and Diminished Responsibility*, en GRISSE, Thomas - SCHWARTZ, Robert, *Youth on Trial. A developmental Perspective on Juvenile Justice* (Chicago - Londres The University of Chicago Press, 2000), p. 279, con cita de Steinberg y Cauffman.

²¹ FELD, B., *Bad Kids*, cit. (n. 14), pp. 307-308; SCOTT, *Criminal Responsibility*, cit. (n. 18), p. 303.

²² ZIMRING, F., *Penal*, cit. (n. 20), p. 280.

²³ SCOTT, E., *Criminal Responsibility*, cit. (n. 18), pp. 303 ss.; FELD, B., *Bad Kids*,

i) su limitado horizonte de experiencias previas y de conocimiento social, que explica el deficiente cálculo de costos y beneficios apreciable en los juicios hechos por muchos adolescentes, cuyos valores y preferencias se ven sesgados por condicionamientos ligados a su etapa de desarrollo;²⁴

ii) su perspectiva sobre el tiempo, más bien cortoplacista, con limitada capacidad para ponderar las consecuencias de largo plazo de sus acciones, tanto negativas como positivas, lo que se puede traducir en mayor propensión al riesgo²⁵;

iii) su limitada capacidad para resistir la presión del grupo de pares y la gran influencia que en el adolescente tienen los modelos de comportamiento de sus pares.

En relación con este último factor condicionante de la menor capacidad de autocontrol, Erikson destacó tempranamente el rol crucial que las relaciones de pares desempeñan en la formación de la identidad de los adolescentes²⁶, lo que los vuelve mucho más influenciados por los grupos de pares²⁷. Dada esta centralidad de los grupos de pares en sus vidas, en la explicación de su comportamiento delictual, destaca Zimring, “[e]l ‘secreto bien conocido’ es éste: los adolescentes cometen delitos tal como viven sus vidas: en grupos”²⁸.

En particular, la influencia de los grupos de pares en el comportamiento delictivo de los adolescentes –que se aprecia con relativa independencia de sus pautas de crianza y supervisión a nivel familiar y de sus características de personalidad²⁹– ocurre, de acuerdo con la evidencia disponible, a través de dos medios: su tendencia a la “comparación social” (“social comparison”) –esto es, a medir y evaluar su propio comportamiento por comparación con el de otros– y su “conformidad social” (“social conformity”) –su tendencia a ajustar su comportamiento y actitudes a las de sus pares–, influyendo las decisiones que adoptan, ya sea a través de la presión o coacción directa del grupo –frente a la cual los adolescentes tienen una reducida capacidad de retirarse públicamente³⁰–, ya indirectamente, por su deseo de conseguir la

cit. (n. 14), p. 309; ZIMRING, Franklin, *Penal*, cit. (n. 20), pp. 279-280.

²⁴ SCOTT, E., *Criminal*, cit. (n. 18), pp. 303-304.

²⁵ *Ibid.*; también FELD, Barry, *Bad Kids*, cit. (n. 14), pp. 313-314.

²⁶ ERIKSON, cit. por FELD, B., *Bad Kids*, cit. (n. 14), p. 312.

²⁷ SCOTT, E., *Criminal*, cit. (n. 18), p. 304.

²⁸ ZIMRING, Franklin, *Kids, Groups and Crime: Some Implications of a Well-Known Secret*, en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 72 (Autumn, 1981) 3, p. 867.

²⁹ SIEGEL, Larry - WELSH, Brandon, *Juvenile Delinquency. The Core* (3^a edición, Belmont, Thomson Wadsworth, 2008), p. 181.

³⁰ FELD, B., *Bad Kids*, cit. (n. 14), p. 313. Cfr. también CARNEVALI - KÄLLMAN, *La importancia de los grupos*, cit. (n. 11), p. 11, refiriéndose a la necesidad de “una alta ca-

aprobación del mismo³¹. Por último, el impacto del grupo de pares en el comportamiento criminal de los adolescentes también se debe a una disminución en la calidad del razonamiento lógico y moral que, en ese contexto, el adolescente es capaz de hacer (aumentando la probabilidad de decisiones impulsivas, carentes de sentido, desproporcionadas, discriminatorias hacia quienes son diferentes, o inspiradas por un pasajero sentimiento superioridad³²). Cabe destacar que el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) ha dado recepción a esta afirmación empírica de la psicología del desarrollo, al afirmar que el hecho de que el delito se haya cometido en grupo es expresión de una falta de madurez, asociada a la lealtad al grupo y a la necesidad de ser reconocido por éste, con la consecuencia de un menor merecimiento de pena para los “adultos jóvenes”³³.

Más en general, la Corte Suprema de los Estados Unidos también ha asumido las afirmaciones de la psicología del desarrollo acerca de la menor capacidad de los adolescentes para evaluar las consecuencias de diversos cursos de acción posibles y su mayor vulnerabilidad a la presión externa, considerando que: “*La inexperiencia, menor educación y menor inteligencia hacen a el o la adolescente menos capaz de evaluar las consecuencias de su conducta, mientras que, por otro lado, él o ella es mucho más apto que un adulto para ser impulsado por la mera emoción o la presión de sus pares [...]*”³⁴. También: “*Los adolescentes, particularmente entre los trece y dieciséis años, son más vulnerables, más impulsivos y menos auto-disciplinados que los adultos [...]*”³⁵

pacidad de autodefensa interna y externa que le permita enfrentar esa presión”, citando en tal sentido una sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán del año 2000.

³¹ SCOTT, E., *Criminal*, cit. (n. 18), p. 304, con referencias a la evidencia empírica disponible.

³² CABANIS, cit. por ZIEGER, Matthias, *Verteidigung in Jugendstrafsachen*, (4ª edición revisada y actualizada, Heidelberg, C.F. Müller, 2002), pp. 9-10.

³³ Como lo destacan CARNEVALI - KÄLLMAN, *La importancia de los grupos*, cit. (n. 11), pp. 9-10, explicando que el BGH ha sostenido que esa cualidad del comportamiento delictual juvenil en grupo debe ser tenida en cuenta por los tribunales para ejercer la facultad (que les entrega el § 105 de la Ley de Tribunales Juveniles alemana *Jugendgerichtsgesetz*, en adelante también JGG.) de dar a ciertos imputados “adultos jóvenes” (“Heranwachsende”) el tratamiento penal reservado por la ley, en principio, para los adolescentes, por tratarse (como señala la segunda hipótesis contemplada por el citado § 105) de una “infracción adolescente” (“Jugendverfehlung”).

³⁴ “Thompson v. Oklahoma”, 487 U.S. 815, 835 (1988), citado por ROSADO, Lourdes, *Kids are Different: How Knowledge of Adolescent Development Theory Can Aid Decision Making in Court* (American Bar Association Juvenile Justice Center - Youth Law Center, 2000), p. A3 (disponible en: <http://www.njdc.info/pdf/macal.pdf> [visitado el 29 de enero de 2012]).

³⁵ “Eddings v. Oklahoma”, 455 U.S. 104, 115 n. 11 (1982), citado por ROSADO, Lourdes, *Kids are Different*, cit. (n. 33), p. A3.

Por último, tanto esta afirmación empírica (menor capacidad de juicio y autocontrol) como la anterior (menor capacidad para razonar y entender), han sido asumidas de un modo general, como se vio, por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, cuando afirma –como una base para postular la “*menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia*” – que “[l]os niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas”³⁶.

c) Los adolescentes tienen mayor sensibilidad a la pena y vulnerabilidad frente a los efectos perjudiciales de la cárcel. La psicología del desarrollo, por último, también da cuenta del mayor impacto subjetivo que la pena –sobre todo, la privativa de libertad– provoca en los adolescentes, impacto del que depende su grado de afflictividad concreta. Así, la percepción que adolescentes y adultos tienen sobre la duración de una determinada unidad de tiempo –días, meses, años– es diversa, en términos absolutos y como consecuencia de su diferencia de significación relativa como proporción del tiempo de vida transcurrida para cada uno, y la psicología del desarrollo confirma la percepción común que las personas mayores tienen de que, con los años, el tiempo pasa más rápido, y de que para los adolescentes, especialmente en situación de privación de libertad, el tiempo pasa mucho más lento³⁷.

Fuera de ello, la condición de los adolescentes de ser sujetos en desarrollo, los pone en una situación de mayor vulnerabilidad a los efectos perjudiciales y a la violencia que prevalece en las cárceles, determinando una alta prevalencia, entre los adolescentes internos, de problemas de salud mental para los que no hay respuesta terapéutica disponible³⁸. Este negativo impacto del encarcelamiento en el desarrollo de los adolescentes, como lo demuestra una reciente investigación empírica realizada en Estados Unidos de América³⁹, se produce tanto en establecimientos carcelarios de adultos como de adolescentes, donde los adolescentes se ven expuestos a situaciones de peligro, estrés psicológico y falta de servicios terapéuticos, que impiden o entorpecen seriamente su desarrollo y que los exponen a traumas psicológicos deformantes.

2. *Afirmaciones desde la criminología empírica.*

Una revisión, siquiera somera de las teorías criminológicas que explican el comportamiento delictivo de los adolescentes excede completamente de los objetivos y posibilidades de este trabajo. Un objetivo mucho menos

³⁶ “Observación General” N° 10 (2007), cit. (n. 16), párrafo 10.

³⁷ FELD, B., *Bad Kids*, cit. (n. 14), pp. 313-314, cita a PIAGET, entre otros.

³⁸ SIEGEL - WELSH, *Juvenile Delinquency*, cit. (n. 29), p. 353.

³⁹ FAGAN, Jeffrey - KUPCHIK, Aaron, *Juvenile Incarceration and the Pains of Imprisonment*, en 30 *Duke Forum for Law & Social Change*, 30 (2011) 3:29, p. 59.

ambicioso es el que se persigue en este lugar: sintetizar las afirmaciones más relevantes, relativamente aceptadas en la criminología, de las que se derivan consecuencias normativas para un tratamiento jurídico especial. Como advertí al introducir esta sección, y ello vale especialmente para las afirmaciones de características diferenciales de la situación del adolescente ante el Derecho penal, formuladas desde la criminología, varias de ellas, más allá de que puedan ser contestadas científicamente, adquieren especial relevancia por haber sido recepcionadas como fundamento de principios formulados por instrumentos internacionales de Derechos Humanos de los niños (menores de 18 años, es decir, abarcando el período legal de la adolescencia).

a) Normalidad, carácter episódico y remisión espontánea de la mayor parte de la criminalidad de niños y adolescentes. Es una afirmación común, que cuenta con evidencias empíricas en diversos contextos geográficos, que la realización de ciertas conductas delictivas, predominantemente leves, durante la niñez y adolescencia es un fenómeno normal, relativamente ubicuo, es decir, que se da en todos los grupos sociales, sin atención a diferencias de clase o etnicidad⁴⁰, y que “[1]a mayor parte de esta delincuencia es de carácter leve, episódica y no suele dejar posteriores efectos negativos”⁴¹.

De acuerdo con ello, la mayor parte de la criminalidad de los adolescentes no es el primer escalón de una carrera criminal, sino que, tras alcanzar una edad-“*peak*”, tiende a desaparecer espontáneamente⁴² una vez que el individuo alcanza una mayor madurez, su rol social se estabiliza y aumenta el efecto de los mecanismos de control social y familiar. Además, dado que el comportamiento delictual de los adolescentes en la mayor parte de los casos está asociado a su pertenencia a grupos de pares con los que delinquen conjuntamente, el hecho de que con la edad la pertenencia a dichos grupos tienda a desaparecer determina que casi todos quienes han delinquido en grupo, o dejan definitivamente las pautas de comportamientos delictuales, o, si vuelven a delinquir, lo hacen bajo patrones completamente diversos, en cualquier caso no asociados al grupo⁴³, de modo que para el primer grupo la

⁴⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis, *Jugendstrafrecht* (3ª edición, Munich, Beck, 2000), pp. 18-19.

⁴¹ VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social (Social Development Theories)*, *Revista de Derecho*, 14 (Valdivia, julio de 2003), p. 135; con referencias estadísticas a la situación de Alemania, ALBRECHT, Peter-Alexis, *Jugendstrafrecht*, cit. (n. 40), pp. 14 ss.

⁴² Así, ya FARRINGTON, David, *Age and Crime*, en *Crime and Justice* Vol. 7 (1986), pp. 189-250; véase también: ALBRECHT, Peter-Alexis, *Jugendstrafrecht*, cit. (n. 40), p. 15.

⁴³ ZIMRING, F., *Groups*, cit. (n. 28), p. 880.

criminalidad efectivamente ha sido un comportamiento episódico, de una fase de la vida más o menos acotada.

Por ello, y salvo para un pequeño grupo de adolescentes que sí siguen delinquiendo y desarrollan carreras criminales (que, sólo para ellos, tienden a ser explicadas como la continuación y desarrollo de las experiencias tempranas, de la mano de las teorías del desarrollo social⁴⁴), para la gran mayoría de la criminalidad de adolescentes, la afirmación de que sería el primer paso en una carrera ascendente, en frecuencia y gravedad, desde los pequeños delitos ocasionales en la niñez o adolescencia, a las carreras criminales del adulto, no tendría ningún sostén empírico⁴⁵.

La afirmación del carácter normal y episódico, y de la remisión espontánea de la mayor parte de la criminalidad de niños y adolescentes, ha sido asumida por los instrumentos internacionales de derechos humanos en la materia. Es así como la Asamblea General de las Naciones Unidas parte de la base de: *“El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta”*.⁴⁶

b) Riesgo criminógeno de la reacción penal formal frente a las primeras manifestaciones de criminalidad adolescente. Otra importante afirmación empírica formulada desde la criminología, es que la reacción penal formal frente a las primeras manifestaciones de criminalidad de los adolescentes está asociada al riesgo de reproducir la criminalidad, por el efecto estigmatizante que tendría la identificación de una persona joven con el rol social de delincuente.

Esta afirmación ha sido anticipada por la teoría criminológica del interaccionismo simbólico, que explica el comportamiento criminal persistente de un sujeto (adolescente o adulto) a partir de su etiquetamiento como un delincuente por parte de las instancias formales de control social, en particular del sistema penal⁴⁷, y cuenta, también en años relativamente recientes, con algunos indicios empíricos, más bien aislados, tanto respecto de adolescen-

⁴⁴ VÁSQUEZ GONZÁLEZ, C., *Predicción*, cit. (n. 41), pp. 135-136.

⁴⁵ Así, explícitamente, ALBRECHT, P.-A., *Jugendstrafrecht*, cit. (n. 40), p. 15.

⁴⁶ “Directrices de Riad”, cit. (n. 13), Principio 5º, letra e).

⁴⁷ SIEGEL, Larry, *Introduction to Criminal Justice* (12ª edición, Belmont, California, Wadsworth, 2010), p. 116.

tes⁴⁸ como de adultos.⁴⁹

Esta afirmación, respecto de los adolescentes, también parece ser asumida por las Directrices de Riad, de las Naciones Unidas, al afirmar: “*La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de ‘extraviado’, ‘delincuente’ o ‘predelincente’ a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable*”.⁵⁰

c) Efecto desocializador y criminógeno de las penas privativas de libertad de adolescentes. No obstante los reportes puntuales acerca de programas experimentales que arrojarían resultados positivos en términos de disminución de la reincidencia, la evidencia acerca de que estas penas no disminuyen la reincidencia, sino que la incrementan, es muy contundente,

⁴⁸ Así, por ej. el estudio de KALB, Guyonne - WILLIAMS, Jenny, *The Relationship between Juvenile and Adult Crime* (Melbourne Institute Working Paper No. 4/2002, University of Melbourne, disponible en: <http://melbourneinstitute.com/wp/wp2002n04.pdf>), p. 14, da cuenta de que la experiencia de haber sido detenido como adolescentes incrementa en un 14% la probabilidad de ser detenido como adulto, incremento que llega a 31 puntos porcentuales para los individuos con mayor nivel educacional (10 años de educación), lo que podría explicarse por el hecho de que la estigmatización experimentada durante la adolescencia, al haber sido detenido, disminuye los “costos de estigma” que para él representa la posibilidad de ser detenido ahora como adulto, lo que convierte al estigma sufrido como adolescente detenido, paradójicamente, en un factor que incrementa el “capital humano” [KALB, Guyonne - WILLIAMS, Jenny, *Relationship*, cit. (n. 46), pp. 5-6]; y si bien este estudio en realidad pretende atribuir a la actividad delictual misma de los adolescentes –y no al hecho de haber sido detenidos por ella– un posterior efecto criminógeno como adulto, lo cierto es que la magnitud que sirve de variable en dicho estudio es la experiencia de haber sido detenido como adolescente (como un *proxy* para la experiencia de haber delinquido), de modo que no es descartable (si se tiene en cuenta el carácter ubicuo de la actividad delictual, como adolescente), que sea justamente la detención y no (sólo) la experiencia de haber delinquido, lo que influye en ese “incremento de capital humano”, considerando además que el fenómeno que más plausiblemente determina la estigmatización social como delincuente no es la experiencia –normal– de incurrir en algún delito durante la adolescencia, sino precisamente la experiencia –menos normal, y más diferenciadora– de haber sido detenido y tener que comparecer posteriormente ante el sistema penal formal.

⁴⁹ Véase el estudio de CHIRICOS y otros –realizado sobre una muestra de más de 95.000 personas imputadas por delito en el estado norteamericano de Florida–, citado por GUNNAR BENBURG, Jón, *Labeling Theory*, ahora, en KROHN, Marvin - LIZOTTE, Alan - HALL, Gina (editores), *Handbook on Crime and Deviance* (Dordrecht-Heidelberg-Londres-Nueva York, Springer, 2009), p. 194, que demuestra el efecto criminógeno de la reacción formal del sistema penal, especialmente a través de la condena, al aumentar la posibilidad de reincidir, comparada con la que se asocia a la práctica de suspender la condena a prueba.

⁵⁰ “Directrices de Riad”, cit. (n. 13), Principio 5º, letra f).

encontrándose en diversos contextos geográficos tasas de reincidencia, para los egresados de cárceles juveniles, que bordean el 80%⁵¹.

Esta afirmación parece estar más instalada en lo que he denominado el *sentido común internacional*, siendo un supuesto empírico recepcionado en diversos instrumentos de las Naciones Unidas: “*Es evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario parece ejercer inevitablemente sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. Sucede así sobre todo en el caso de los menores, que son especialmente vulnerables a las influencias negativas; es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que éstos se encuentran, no cabe duda de que tanto la pérdida de la libertad como el hecho de estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos*”⁵². También: “*El objeto de las presentes Reglas es establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención [...]*”⁵³.

d) Mayor eficacia preventivo-especial de intervenciones especializadas, multidimensionales y breves, fuera del ámbito de la justicia, con compromiso activo del adolescente. En contraste con la ineficacia preventivo-especial positiva de la cárcel y, por el contrario, su efecto criminógeno, lo que sí parece tener eficacia preventivo especial positiva, en este campo, son ciertos programas que poseen características muy específicas. Así, sintetizando los resultados del amplio meta-análisis de Lipsey y Wilson⁵⁴, de más de 200 estudios experimentales o cuasi-experimentales conducidos en Estados Unidos de América, desde la década de 1970 hasta fines de la de 1990, sobre la eficacia de programas de tratamiento con delincuentes de entre 14 y 17 años, con historial delictual previo, Feld explica que: “Típicamente, el tratamiento tiene resultados positivos en pequeños programas experimentales que proporcionan una respuesta intensa e integrada a la multiplicidad de problemas que presentan los delincuentes juveniles –déficits educacionales; disfunción familiar; inadecuadas habilidades inter-

⁵¹ ALBRECHT, P.-A., cit. (n. 40), p. 50; FELD, B., cit. (n. 14), pp. 272-273; sobre ello, sacando consecuencias para la política criminal, véase: COUSO, J., *Principio educativo*, cit. (n. 4), pp. 56-57.

⁵² “Reglas de Beijing”, cit. (n. 13), “Comentario Oficial” a la regla 19^a.

⁵³ *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, adoptadas por la Asamblea General en su resolución N° 45/113, de 14 de diciembre de 1990, Regla 3^a.

⁵⁴ LIPSEY, Mark - WILSON, David, *Effective Intervention for Serious Juvenile Offenders* (originalmente publicado en 1998, actualmente disponible en <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojdp/181201.pdf> [visitada el 27 de enero de 2012]).

personales, sociales y laborales; y pobreza- [...], los resultados más positivos de tratamiento se producen sólo bajo condiciones óptimas, como un alto grado de integridad del tratamiento [55], en un programa establecido, con servicios provistos por instituciones de salud mental u otro tipo de personal no vinculado con las instituciones correccionales de la justicia juvenil”⁵⁶.

Y son fundamentalmente esas características las que se observan en los programas actualmente difundidos como “programas basados en evidencia”, como la “terapia multisistémica” (“multisystemic therapy”) y el “tratamiento multidimensional en hogares de acogida” (“multidimensional treatment foster care”)⁵⁷, así como en el “modelo del desarrollo social” (“social development strategy”)⁵⁸.

Fuera de ello, también hay alguna evidencia de que tienen un efecto preventivo especial positivo los programas de justicia restaura, aparentemente a causa de que el compromiso activo del adolescente se traduce en un nivel de cumplimiento de las medidas acordadas –no sólo reparatorias, sino también medidas que contribuyen a su inserción social- mayor que el que se logra cuando tales medidas son ordenadas por el tribunal como parte de la sentencia⁵⁹.

⁵⁵ En psicología clínica, el concepto “integridad del tratamiento” también conocido como “fidelidad al tratamiento” “[...] se refiere al grado en que una intervención se realiza del modo buscado. La integridad del tratamiento comprende tres aspectos: (a) adherencia del terapeuta al tratamiento: el grado en que el terapeuta utiliza los procedimientos prescritos y evita los procedimientos proscritos; (b) competencia del terapeuta: el nivel de habilidades y juicio del terapeuta; (c) diferenciación del tratamiento: la cuestión de si los tratamientos se diferencian unos de otros en dimensiones fundamentales”; así, PEREPLETCHIKOVA, Francheska - TREAT, Teresa - KAZDIN, Alan, *Treatment Integrity in Psychotherapy Research: Analysis of the Studies and Examination of the Associated Factors*, en *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 75 (2007) 6, p. 829.

⁵⁶ FELD, B., *Bad Kids*, cit. (n. 14), p. 282.

⁵⁷ Véanse los análisis de la evidencia disponible sobre la eficacia de estos programas en Coalition for Evidence-based Policy, *Social Programs that Work*, (disponible en: http://evidencebasedprograms.org/wordpress/?page_id=43 [visitada el 28 de enero de 2012]).

⁵⁸ VÁSQUEZ GONZÁLEZ, C., *Predicción*, cit. (n. 40), pp. 153-154, considerándolo, junto con la terapia multisistémica, como los programas que mejores resultados ofrecen o prometen.

⁵⁹ Así queda de manifiesto en el meta-análisis de 32 estudios sobre 35 programas de justicia restaurativa realizado para el Departamentod e Justicia de Canadá, por LATIMER, Jeff - DOWDEN, Graig - MUISE, Danielle, *The Effectiveness of Restorative Justice Practices: a Meta-analysis*, en *The Prison Journal*, 85 (Junio de 2005) 2 pp. 127-144 (disponible en: http://www.d.umn.edu/~jmaahs/Correctional%20Assessment/rj_meta%20analysis.pdf [visitado el 28 de enero de 2012]), pp. 137-138. También se registran resultados positivos de los programas de justicia restaurativa para la prevención

III. PRINCIPIOS BÁSICOS Y ESTÁNDARES DE JUZGAMIENTO DIFERENCIADO EN MATERIA DE ESPECIALIDAD DEL DERECHO PENAL DE ADOLESCENTES SUSTANTIVO

Al iniciar este trabajo (más arriba, I) para caracterizar las exigencias normativas de especialidad del Derecho penal de adolescentes sustantivo, se ha distinguido entre principios básicos, por una parte, y estándares de juzgamiento diferenciado, por la otra.

Los principios básicos, como se dijo, reconocidos por los instrumentos internacionales vigentes en la materia (y, en algunos casos, por las constituciones de algunos estados), sirven para dar una orientación general a la política y al sistema de justicia penal juvenil, hacia la especialidad.

En este trabajo se considera que el mandato de especialidad en el juzgamiento penal de los adolescentes, en materia de derecho penal sustantivo, viene constituido fundamentalmente por los siguientes principios básicos:

i) responsabilidad penal especial: especial consideración de la edad del adolescente al enjuiciar sus delitos (tanto su culpabilidad como -en ciertos casos- el injusto penal);

ii) especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, frente a los efectos perjudiciales de la intervención penal, en general, y de la privación de libertad, en particular; y

iii) especial orientación del Derecho penal de adolescentes a la prevención especial positiva.

El listado no es exhaustivo. Entre otros, se pasa por alto aquí el principio que prohíbe imponer a los adolescentes la pena de muerte o la de presidio perpetuo sin posibilidad de excarcelación [artículo 37 letra a) de la CIDN.], que, afortunadamente, no plantea un problema actual en relación con el juzgamiento especial de la responsabilidad penal de los adolescentes en Chile. Además, tampoco se considera un principio destacado en el plano del derecho internacional, el de *n o d i s c r i m i n a c i ó n*, mencionado especialmente por la “Observación General” N° 10 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas⁶⁰, que, o bien es una exigencia general del sistema de los derechos del niño, en su caso relacionada con el principio de especial pro-

especial positiva en el Informe Final preparado por el Ministerio de Justicia italiano, en cooperación con un consorcio de instituciones académicas, en el marco del proyecto de la Unión Europea “*Restorative Justice and Crime Prevention*”; véase: Ministerio de Justicia de Italia, *Restorative Justice and Crime Prevention. Presenting a theoretical exploration, an empirical analysis and the policy perspective* (Abril de 2010, disponible en: <http://www.euforumrj.org/Projects/Restorative%20Justice%20and%20Crime%20Prevention%20Final%20report.pdf> [visitada el 28 de enero de 2012]), pp. 73-74

⁶⁰ “Observación General” N° 10 (2007), cit. (n. 16), párrafos 6° ss.

tección del desarrollo y de los derechos del adolescente frente a los efectos perjudiciales del sistema penal, o bien constituye un fundamento, no de la especialidad del derecho penal de adolescentes, sino, por el contrario, del reconocimiento y aplicación a los adolescentes de garantías penales generales que hasta hace poco –bajo el modelo de los sistemas de derecho tutelar de menores– sólo se reconocían a los mayores de edad, y que, justamente bajo el pretexto de la especialidad de esa rama del derecho, se negaban a niños y adolescentes (por. ej: legalidad de los delitos y de las penas)⁶¹. Por último, no se analiza aquí a los principios en que se expresa la especialidad a nivel del procedimiento penal aplicado a los adolescentes, que no es objeto de estudio en este trabajo⁶².

Por su parte, los estándares de juzgamiento diferenciados, que en realidad también pueden considerarse como unos principios jurídicos más específicos que los principios básicos, a veces se encuentran reconocidos directamente a los adolescentes en algunos instrumentos internacionales sobre derechos del niño (por ej., la excepcionalidad del recurso a la privación de libertad –como último recurso y por el tiempo más breve que proceda–, en el artículo 37 letra b) y, otras veces, constituyen derivaciones de principios básicos, en el contexto de determinados campos del enjuiciamiento penal (por ej., cuando se aplica el principio básico que exige considerar la edad del adolescente al juzgar su responsabilidad penal, al campo de la determinación de la culpabilidad jurídico-penal, entonces se desprende el principio específico –o estándar de juzgamiento– de la culpabilidad disminuida de los adolescentes), y de ellos se espera que sirvan directamente y de forma operativa en la actividad de enjuiciamiento penal para honrar el mandato de especialidad del Derecho penal de adolescentes.

La explicación del fundamento de los principios básicos, así como la tarea de deducir estándares de juzgamiento o principios específicos operativos, en buena medida exige la consideración de las dimensiones de la realidad empírica en que la situación del adolescente frente al Derecho penal es diferente a la del mayor de edad, desde el punto de vista de la psicología y de la criminología empírica, dimensiones analizadas en la sección apartado anterior, que sirve de trasfondo a la reconstrucción ensayada en esta sección. En este trabajo, en todo caso, los estándares de juzgamiento diferenciado no se obtienen a

⁶¹ Esa es la preocupación a la que se apunta, por ejemplo, en la “Observación General” N° 10 (2007), cit. (n. 16), párrafo 8°.

⁶² Este aspecto de la especialidad del sistema penal de adolescentes, a nivel del derecho internacional, ya ha sido extensamente tratado por DUCE, Mauricio, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el Derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil*, en *Ius et Praxis*, 15 (2009) 1, pp. 73-120.

través de un mero ejercicio lógico-deductivo, sino, sobre todo, examinando en el derecho comparado, de los ordenamientos que en su época sirvieron de base para el diseño de la LRPA., las expresiones específicas de especialidad en la aplicación del derecho penal sustantivo a los adolescentes.

A continuación, entonces, y antes de proceder a esa reconstrucción de los específicos estándares de juzgamiento penal diferenciado, se desarrollan muy sintéticamente los tres principios básicos identificados, en los que se expresa el mandato de especialidad del derecho penal de adolescentes sustantivo, a nivel del derecho internacional de los derechos humanos.

1. *Principios básicos de la especialidad del derecho penal sustantivo de adolescentes.*

a) Responsabilidad penal especial. De la exigencia de una especial consideración de la edad del adolescente al enjuiciar sus delitos fluye el principio de la responsabilidad penal especial del adolescente.

El artículo 40, 1 CIDN., dispone: “*Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera [...] en la que se tengan en cuenta la edad del niño [...]*”.

En cierto modo, este principio podría considerarse casi como una formulación general de la exigencia normativa de especialidad, es decir, como sinónimo del m a n d a t o d e e s p e c i a l i d a d, de modo que terminaría abarcando a todos los demás principios especiales. Pero aplicado al campo del juzgamiento de la responsabilidad penal, es decir, del establecimiento y valoración del injusto penal cometido por el adolescente y, sobre todo, de su culpabilidad por tal injusto, se traduce en la exigencia de tener en cuenta las peculiaridades de la situación del adolescente en dicha valoración. En este campo, los aportes de la psicología del desarrollo, resumidos en la sección anterior, sobre las diferencias apreciables entre adolescentes y mayores de edad, en términos de sus menores competencias cognitivas y su menor capacidad de juicio y autocontrol, son muy relevantes.

Como se verá, la principal consecuencia de este principio, a nivel de los criterios de juzgamiento diferenciado, se aprecia en la culpabilidad. Así lo advierte el Comité de Derechos del Niños de Naciones Unidas, cuando considera a las diferencias físicas, psicológicas y emocionales de los niños como la base para afirmar la “*menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia*”⁶³.

Sin perjuicio de ello, como también se verá, el desarrollo de este principio de responsabilidad penal especial, a nivel del derecho comparado, da

⁶³“Observación General” N° 10 (2007), cit. (n. 16), párrafo 10°.

cuenta de que también tiene expresiones –y debe tenerlas–, por lo menos en alguna medida, y respecto de ciertos aspectos del delito, en la valoración del injusto penal.

b) Especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, frente a los efectos perjudiciales de la intervención penal. Este principio se infiere de un conjunto de normas de derecho internacional dirigidas a evitar o reducir al mínimo el contacto del niño y adolescente con el sistema de justicia penal, en general [artículo 40, 3 letra b) de la CIDN.], y con la privación de libertad, en particular [artículo 37 letra b) y 40, 4 CIDN.]. En todas ellas se aprecia una preocupación por proteger el desarrollo del adolescente así como sus condiciones para el ejercicio de su derecho a la seguridad individual, salud, educación, a un nivel de vida adecuado, a la participación en la vida social y al contacto familiar, todos los cuales se ven seriamente amagados por el sistema penal. Esta preocupación está plenamente justificada por las evidencias empíricas, también asumidas, como se vio, por los instrumentos internacionales existentes en la materia, acerca de la mayor sensibilidad de los adolescentes a la pena y al encarcelamiento, por una parte, el riesgo criminógeno de las primeras intervenciones penales, y el efecto desocializador y criminógeno, sobre todo, de la privación de libertad.

El principio es reiterado más recientemente por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, cuando afirma que: *“es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales [...] Además de evitar la estigmatización, este criterio es positivo tanto para los niños como para la seguridad pública, y resulta más económico [...] Al mismo tiempo, el sistema de la justicia de menores debe ofrecer amplias oportunidades para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia con medidas sociales y/o educativas, y limitar de manera estricta el recurso a la privación de libertad, en particular la detención preventiva, como medida de último recurso”*⁶⁴.

La primera consecuencia de este principio –desjudicialización de la reacción frente a ciertos casos, típicamente de criminalidad leve ocasional– se refiere más bien al derecho procesal penal de adolescentes, justificando, por ejemplo, una amplia acogida al empleo del principio de oportunidad, sin perjuicio de que además se traduzca en decisiones de despenalización material de ciertas infracciones menos graves. La segunda consecuencia, en cambio –excepcionalidad de la privación de libertad y mínima duración posible–, también se refiere al derecho penal sustantivo, si se entiende que las reglas de determinación legal e individualización judicial de las penas

⁶⁴ “Observación General” N° 10 (2007), cit. (n. 16), párrafos 25° y 28°.

—que deben dar aplicación a este principio— justamente son de esa naturaleza. Es importante destacar que, en este caso, el principio impone límites a la privación de libertad que van más allá de los que, con justicia, se derivan de la menor culpabilidad del adolescente, pues se trata de límites fundados en la certeza de que, incluso una pena *ju* *s* *t* *a* en abstracto (en la medida de que ya viene reducida en su extensión en atención a la menor culpabilidad del adolescente), puede ser excesivamente perjudicial y debe, en lo posible, ser evitada, o reducida en su duración aun más de lo que ya ha sido reducida para ajustarla a aquella culpabilidad disminuida.

c) Especial orientación del Derecho penal de adolescentes a la prevención especial positiva. Con su exigencia de que la reacción frente a la criminalidad de niños y adolescentes tenga especialmente en cuenta “*la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad*” (artículo 40.1 CIDN.), la *Convención sobre los Derechos del Niño* sintetiza una aspiración común y permanente en todos los instrumentos internacionales sobre la materia, que se oponen a cualquier enfoque exclusiva o predominantemente retributivo, que agote la justificación de la reacción penal en el merecimiento de un castigo o la necesidad de una incapacitación del infractor o de intimidación individual o colectiva.

Con mayor claridad, esta idea se explica en el comentario oficial de la Regla 17 de las “Reglas de Beijing”: “[...] *los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven*”⁶⁵.

Más recientemente, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas destaca —entendiendo que ello es una expresión del principio de protección del interés superior del niño—, que respecto de niños y adolescentes: “*los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia retributiva*”, bajo la asunción de que esto “*puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública*”, y concluyendo que: “*debe prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración de todos los niños, en particular en el marco de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación*

⁶⁵ “Reglas de Beijing”, cit. (n. 13).

profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias”⁶⁶.

Este principio, entonces, se promueve teniendo en cuenta los conocimientos que la criminología empírica aporta acerca de qué tipos de intervención promueven la socialización de los adolescentes infractores, y cuáles, en cambio, la ponen en riesgo, de modo que no puede emplearse como pretexto para intensificar la acción de la justicia penal, cuando los únicos resultados más o menos seguros en términos de prevención especial positiva se obtienen, como se vio en la sección anterior, por medio de intervenciones más bien alejadas de la lógica de la justicia penal, en el seno de la familia y la comunidad.

2. Estándares de juzgamiento diferenciado derivados de los principios básicos. Perspectiva del derecho comparado.

Como ya se señaló, los principios básicos, sintetizados en el apartado anterior, se traducen en unos principios más específicos, que configuran estándares de juzgamiento penal diferenciado de los adolescentes. Esa especificación se expresa, a veces, en reglas legales explícitas, y otras veces en líneas jurisprudenciales, anticipadas, en su caso, por desarrollos de la doctrina jurídica a nivel de la literatura especializada. En este apartado se recoge evidencia de algunos de esos principales desarrollos, en el derecho comparado de los países cuyos ordenamientos jurídicos mayor influencia tuvieron en la redacción de la LRPA. En materia de derecho penal sustantivo, atendiendo al criterio del grado de desarrollo de la discusión y al de las semejanzas relevantes con nuestra ley, los ordenamientos jurídicos atingentes son los de España, constituido por la Ley Orgánica N° 5/2000 (*Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en adelante LO. N° 5/2000); de Costa Rica, por su *Ley de justicia penal juvenil* (= LJPJ.), del año 1996; y de Alemania, en relación con la *Ley de Tribunales Juveniles* (*Jugendgerichtsgesetz*, en adelante también JGG). Los dos primeros, de hecho, son mencionados expresamente como modelo por el “Mensaje” de la LRPA. chilena, y el tercero, que sirvió de base, a su vez, para el diseño de los dos primeros⁶⁷, destaca por un desarrollo doctrinario y jurisprudencial de casi 90 años y se inserta

⁶⁶ “Observación General” N° 10 (2007), cit. (n. 16), párrafos 10° y 18°.

⁶⁷ Sobre Costa Rica, véase: TIFFER, Carlos, *Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung von Costa Rica* (Mönchengladbach, Forum Verlag Godesberg, 2000), pp. 83-84; sobre España: TAMARIT SUMALLA, Josep Ma. *Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores*, ahora, en GONZÁLEZ CUSSAC - TAMARIT SUMALLA (editores), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2002), p. 30; y COUSO, Jaime, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad: Historia, teoría y metodología* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2006), p. 453.

en un sistema de derecho penal general que históricamente ha tenido gran influencia en el nuestro.⁶⁸ Adicionalmente, de manera más fragmentaria, se tendrá en cuenta algunas expresiones de estos estándares encontradas en la legislación de los Estados Unidos de América.

En esta exposición los estándares de juzgamiento diferenciado se organizan como especificaciones de los tres principios básicos señalados en el apartado anterior. Ello representa, por cierto, una simplificación, pues en algún caso tales estándares derivan de dos de esos principios o, incluso, de los tres (por ejemplo, el estándar que exige que la privación de libertad dure el plazo más breve posible), de modo que no debe entenderse esa forma de organizar la exposición sino como una identificación de la principal fuente material de cada estándar.

Así, y para partir con un esquema inicial, de cada principio básico se derivan los siguientes estándares de juzgamiento diferenciado.

Del principio de *r e s p o n s a b i l i d a d p e n a l e s p e c i a l* se desprenden los siguientes estándares de juzgamiento diferenciado: *i*) juzgamiento diferenciado de ciertos aspectos del injusto penal; *ii*) culpabilidad disminuida del adolescente y tratamiento punitivo privilegiado; *iii*) juzgamiento diferenciado de los elementos de la culpabilidad; y *iv*) juzgamiento diferenciado de la coautoría y la complicidad

Del principio de *e s p e c i a l p r o t e c c i ó n d e l d e s a r r o l l o y l o s d e r e c h o s d e l a d o l e s c e n t e* se desprenden los siguientes estándares de juzgamiento diferenciado: *i*) intervención mínima y desjudicialización; *ii*) excepcionalidad de la privación de libertad; y *iii*) mayor brevedad posible de la privación de libertad

Del principio de *e s p e c i a l o r i e n t a c i ó n d e l D e r e c h o p e n a l d e a d o l e s c e n t e s a l a p r e v e n c i ó n e s p e c i a l p o s i t i v a*, se desprenden el siguiente estándar de juzgamiento diferenciado: *i*) proscripción de las justificaciones meramente incapacitadoras en la individualización judicial de las sanciones; y *ii*) Juzgamiento diferenciado de ciertos aspectos del injusto penal

Si bien se trata de un estándar todavía muy poco desarrollado, la consideración de la edad del autor del delito, cuando es un adolescente, en ciertos casos conduce a una valoración diferenciada de su significación jurídico-penal, ya a nivel del injusto, es decir, del hecho típico y antijurídico.

Así, por ejemplo, en Alemania se ha advertido por la doctrina, y por alguna jurisprudencia, que determinadas particularidades del comportamiento de-

⁶⁸ Para una visión panorámica de estas tres legislaciones, en el marco de un análisis de derecho comparado de la especialidad en materia de derecho procesal penal, véase: DUCE - COUSO, *El Derecho*, cit. (n. 3).

lictivo de los adolescentes pueden hacer disminuir o desaparecer la específica lesividad social del hecho que –de acuerdo con la *ratio legis* del respectivo tipo penal– precisamente justificó su consideración como un injusto penal de determinada gravedad.

Según Albrecht, por ello, “[l]os mandatos y las prohibiciones normativas del mundo de los adultos no son compatibles por regla general, con los mundos de vida y las representaciones normativas de los adolescentes, y las normas del Código Penal pueden captar las formas de interacción típicas de los adolescentes sólo de forma incompleta, y a menudo, no hacerlo en absoluto”, de manera que la aplicación de aquellos mandatos y prohibiciones, sin modificaciones, para juzgar los comportamientos de los adolescentes, materialmente puede llevar a un trato desigual y a “rupturas de comunicación y valoración”⁶⁹. Para evitarlo se impone, ya *de lege lata*, una interpretación de los tipos atenta a las diferencias cualitativas presentes entre el comportamiento desviado de los adolescentes y el de los mayores de edad, para lo cual “el juzgador no debería dudar en recurrir a peritos con diversas orientaciones profesionales para el esclarecimiento de estructuras de acción y motivacionales específicas de los adolescentes”⁷⁰.

Esta necesidad de juzgar de forma diferenciada el injusto penal, cuando el autor es un adolescente, se aprecia especialmente en relación con ciertos elementos subjetivos del injusto, pues, como advierte Albrecht, detrás de hechos que tienen “una estructura de la acción semejante, en lo formal”, se esconden diferencias de significado relevantes por faltar en el adolescente precisamente una exigencia típica subjetiva, como el *ánimo de lucrarse*⁷¹. En efecto, la presencia de ciertas “intenciones específica y típicamente adolescentes” (“jugendspezifische Intentionen”), para usar la expresión de Einseberg⁷², por ejemplo la intención de experimentación y prueba (como en el caso de una prueba de valor) o la de rivalizar con otros grupos de pares a los que se despoja violentamente de un objeto (por ej., la pelota de fútbol), normalmente hará descartar los elementos subjetivos requeridos por el tipo penal de que se trate (por ejemplo, robo con violencia o intimidación), o impedir la realización del tipo penal en el sentido de la *ratio legis*⁷³.

Un ejemplo, reconocido a nivel jurisprudencial en Alemania, se dio en

⁶⁹ ALBRECHT, P.-A., *Jugendstrafrecht*, cit. (n. 40), p. 92.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 93-94.

⁷¹ *Ibid.*, p. 94. Fuera de ello, según el propio Albrecht, también cabe realizar un juzgamiento diferenciado del error de tipo, que puede deberse a la inexperiencia e inseguridad del adolescente (cit., p. 102).

⁷² EISENBERG, Ulrich *Jugendgerichtsgesetz* (11ª edición, Munich, C.H. Beck, 2006), § 1 número marginal 24a.

⁷³ ALBRECHT, P.-A., *Jugendstrafrecht*, cit. (n. 40), p. 92.

la negación de la “intención de apropiarse” de la cosa, en el caso del apoderamiento violento, por parte de un grupo de “skinheads”, de una chaqueta de la víctima de un estilo y color de aquellos que normalmente sólo usan los miembros de ese grupo, al que la víctima precisamente no pertenecía, de modo que el apoderamiento violento tenía la intención de descalificar a la víctima en tanto que ilegítimo portador de esa indumentaria, más que la de “apropiársela”⁷⁴, todo lo cual sólo se entiende si se considera –como el tribunal en este caso sí lo hizo– la especial situación de ese grupo juvenil y de sus representaciones normativas y formas de interacción.

Otro caso, correspondiente ahora a una decisión del Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof, en adelante, BGH), consistió en la negación del dolo homicida, respecto de un adolescente que se midió con su amigo en un combate, para “imponerse” ante él, demostrándole su superioridad, pues, en consideración del propio BGH, “*la muerte justamente era inadecuada para conseguir este efecto*”⁷⁵.

Pero más allá de los elementos subjetivos del injusto, también se defiende por alguna doctrina en Alemania que determinados conceptos necesitados de complemento valorativo (como “maliciosamente” o “impúdico”) deben ser interpretados de manera diferenciada cuando se trata de conductas protagonizadas por adolescentes⁷⁶.

En España, si bien todavía no se aprecia algún desarrollo jurisprudencial semejante, alguna doctrina entiende que el artículo 7,3 de la LORRPM-, al disponer que para la determinación de la sanción o medida el tribunal apreciará la gravedad del delito de manera flexible, junto a otras consideraciones, se basa precisamente en que “no existe una correspondencia formal con el Derecho penal común” en materia de atenuantes y agravantes, en especial “[...] las que se refieren a lo injusto, incluidas las causas de justificación incompletas”⁷⁷, dejando espacio así para examinar si acaso el contexto propio de ciertos comportamientos de adolescentes permite afirmar un menor injusto penal que el que podría apreciarse en un comportamiento análogo realizado por una persona mayor de edad.

⁷⁴ La decisión es de un tribunal de Berlín (AG Tiergarten, 7/11/88), citada por EISENBERG, U., *Jugendgerichtsgesetz*, cit. (n. 72), § 1 número marginal 24a.

⁷⁵ BGH, 16/11/2000, citada por EISENBERG, U., *Jugendgerichtsgesetz*, cit. (n. 72), § 1 número marginal 24a.

⁷⁶ EISENBERG, U., *Jugendgerichtsgesetz*, cit. (n. 72), § 1 número marginal 24a.

⁷⁷ LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, *Minoría de edad penal y estructura del delito: especial referencia a la imputabilidad*, ahora, en VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos - SERRANO TÁRRAGA, María Dolores (coordinadores), *Derecho penal juvenil: (LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, adaptada a las LO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003 y al Reglamento de 30 de julio de 2004)* (Madrid, Dyckinson, 2005), p. 242.

En Costa Rica, por su parte, el artículo 14 de su LJPJ, conforme al cual “[n]ingún menor de edad podrá ser sancionado si no se comprueba que su conducta daña o pone en peligro un bien jurídico tutelado”, se ha entendido como una llamada de atención normativa formulada por el legislador para que el juzgador ponga especial cuidado al afirmar la realización típica⁷⁸, exigiendo así, según parece, una especial consideración del diverso significado que ciertos hechos pueden tener, ya a nivel del injusto penal, cuando son cometidos por adolescentes. Sin embargo, a nivel de la doctrina especializada parece entenderse mayoritariamente que el problema de la diversa significación que el hecho adquiere en ciertos casos de comportamientos de adolescentes debe resolverse más bien por la vía de la desestimación del caso a través del principio de oportunidad o de una resolución alternativa del conflicto⁷⁹. De hecho, la existencia de mayores facultades para desestimar causas por vías procesales (común en el derecho penal juvenil, ya por disposición del derecho internacional⁸⁰), puede explicar que los comportamientos delictivos de bagatela o de poca monta más frecuentes en los adolescentes, a los que materialmente cabría acaso despenalizar o, por lo menos, con relativa frecuencia calificar de atípicos, en tanto que socialmente adecuados, sencillamente no sean objeto de persecución precisamente porque son objeto de consideración diferenciada (por el órgano persecutor, más que por los tribunales), sin necesidad de una teoría de derecho penal sustantivo que explique esa decisión en términos de su falta de antijuridicidad típica, en el sentido de la *ratio legis*⁸¹.

Un caso respecto del cual parece aceptarse de forma relativamente amplia la necesidad de un juzgamiento diferenciado es el de los delitos sexuales, sobre todo los atentados sexuales impropios, es decir, aquéllos en que la lesividad de la conducta no viene dada por haberse realizado contra la voluntad o sin el consentimiento de la víctima, sino que es presumida por

⁷⁸ ISSA EL KHOURY, Henry, *El derecho sustantivo en la Ley de Justicia Pernal Juvenil Costarricense*, ahora en GONZÁLEZ, Mauricio - TIFFER, Carlos (coordinadores), *De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica* (San José, Costa Rica, Unicef, 2000), p. 190.

⁷⁹ LLOBET, Javier, *La sanción penal juvenil*, ahora en GONZÁLEZ, Mauricio - TIFFER, Carlos (coordinadores), *De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica* (San José, Costa Rica, Unicef, 2000), p. 222; ISSA EL KHOURY, H., *El derecho*, cit. (n. 76), p. 190.

⁸⁰ DUCE, *El Derecho*, cit. (n. 62), pp. 112 ss.

⁸¹ Aún así, TIFFER, Carlos, *Ley de Justicia juvenil* (3ª Edición, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2011), p. 79, llama la atención, con razón, acerca de la necesidad de una definición (relativamente) autónoma de la antijuridicidad penal, que debería traducirse, a lo menos, en *mayores atenuantes que las utilizadas para adultos*, una exigencia incumplida en Costa Rica, concluye, tras 15 años de vigencia de la LJPJ.

la ley cuando uno de los intervinientes en un contacto sexual consentido es menor de cierta edad definida como la edad de consentimiento sexual⁸². En estos casos, en efecto, que de hecho suelen ser objeto de una regulación diferenciada expresa, es perfectamente argumentable que la interacción sexual entre adolescentes y preadolescentes, respectivamente mayores y menores de la edad de consentimiento sexual, no lesiona el bien jurídico protegido⁸³; pues, aun si este bien jurídico se define en torno a la *indemnidad sexual* (y no la libertad de autodeterminación sexual) del preadolescente menor de la edad de consentimiento sexual, dicho bien jurídico sólo aparecería afectado cuando la interacción sexual es abusiva y, por ello, dañina para éste. Así, por ejemplo, la regulación legal del tipo de abuso sexual de menor de dieciséis años (§ 182.II del Código Penal alemán, *Strafgesetzbuch*, en adelante, *StGB*.) da cuenta de esta consideración, al excluir la responsabilidad tanto de los adolescentes como de los adultos jóvenes (a quienes, por lo demás, el § 105 de la JGG asimila a un adolescente respecto de ciertos hechos delictivos); el BGH entiende que esta restricción obedece a que el tipo penal quiere sancionar relaciones sexuales abusivas, que se dan típicamente cuando concurre un “desequilibrio de poder” (“Machtgefälle”) entre autor y víctima, de modo que en el tipo penal de abuso sexual de menor de 16 años no son subsumibles “relaciones típicamente adolescentes”^{84, 85}.

b) Culpabilidad disminuida del adolescente y tratamiento

⁸² Sobre la problemática político criminal planteada por este tipo de incriminaciones, especialmente cuando con ello se pretende regular las interacciones sexuales entre preadolescentes y/o adolescentes, véase: COUSO, Jaime, *La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho penal*, ahora, en ALEGRE, Marcelo (editor), *Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. SELA 2009* (Buenos Aires, Librería, 2010), pp. 233-265.

⁸³ Véase: COUSO, J., *La sexualidad*, cit. (n. 82), *passim*, con referencias al Derecho angloamericano.

⁸⁴ BGH, 42,27, cit. por TRÖNDLE, Herbert - FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (53^a edición, Munich, Verlag C.H. Beck, 2006), § 182, números marginales 11 y 14.

⁸⁵ Por cierto, esa consideración diferenciada de la significación jurídica de los encuentros sexuales consentidos con menores de la edad de consentimiento sexual, cuando son protagonizados por adolescentes apenas unos años mayores de esa misma edad (que ha sido expresamente considerada por el artículo 4^o de la LRPA.), bien puede aplicarse a otros casos que los que las leyes penales expresamente contemplan, y la diferencia debe apreciarse ya a nivel de la calificación del injusto típico, como HERNÁNDEZ demanda, por la vía de una reducción teleológica del tenor literal de los tipos penales que –como en este caso– suponen la existencia de una relación abusiva; véase: HERNÁNDEZ, H., *El nuevo derecho penal*, cit. (n. 4), pp. 202, 204, demandando esta forma de juzgamiento diferenciado también respecto de otros grupos de delitos que suponen una relación abusiva entre el autor y la víctima, como la inducción a un menor a

punitivo privilegiado (y prohibición de tratamiento punitivo más severo que al adulto). De forma concordante con las evidencias empíricas acerca de las menores capacidades cognitivas, de juicio y autocontrol de los adolescentes (v. *supra*, II), la afirmación de una culpabilidad disminuida de los adolescentes es ampliamente aceptada en el derecho comparado, y es una de las principales razones del sistema de penas atenuado que se aprecia, por lo menos en relación con la duración máxima de las penas privativas de libertad, en varias legislaciones. Así, por ejemplo, en Alemania y España, la pena juvenil no puede exceder de los 10 años de duración; mientras que en Costa Rica no puede exceder de los 15 años.

En el ámbito anglosajón, fuera de la existencia de límites semejantes en las leyes estatales de justicia juvenil, también en los casos de aplicación de las leyes penales de adultos a los adolescentes (facultad de la que los fiscales suelen disponer cuando se trata de delitos muy graves), en los que en principio no rige ninguna restricción legal para imponer el presidio perpetuo y, hasta hace poco (en varios Estados de la Unión) la pena de muerte, la literatura jurídica y los grupos de defensa de los derechos de los menores de edad venían postulando desde hace tiempo la idea de una culpabilidad disminuida de todos los menores de 18 años, como categoría o clase, con la consecuencia de que debía prohibirse imponerles la pena de muerte y la de presidio perpetuo sin libertad condicional (“parole”). Así, por ejemplo, Zimring aboga a favor de concebir la adolescencia como un período de prueba en el que los adolescentes deben ir aprendiendo a adoptar decisiones responsables sin cargar con todos los costos de sus errores⁸⁶, y promueve, a partir de ello, el principio de la culpabilidad disminuida de los adolescentes⁸⁷, mientras que Feld desarrolla una sólida argumentación a favor del reconocimiento general de una atenuante especial de pena (“youth discount”) basada en la minoría de edad de los adolescentes⁸⁸.

Esta demanda ha sido progresivamente acogida por la Corte Suprema de los Estados Unidos federal, mediante la declaración de la inconstitucionalidad de la imposición de la pena de muerte (primero a menores de 16, y luego) a menores de 18 años, y de la imposición de la prisión perpetua a los mismo sujetos, por delitos que no sean de homicidio⁸⁹, partiendo de las diferencias psicológicas y de experiencia entre los adolescentes y los adultos,

abandonar el hogar, relación que justamente no es imaginable entre adolescentes de la misma edad o con escasa diferencia de edad.

⁸⁶ Cit. por SCOTT, E., *Criminal Responsibility*, cit. (n. 18), p. 309.

⁸⁷ Véase, al respecto, con cierto detalle: CILLERO, M., *El tratamiento*, cit. (n. 8), pp. 474 ss.

⁸⁸ FELD, B., *Bad Kids*, cit. (n. 14), pp. 315 ss.

⁸⁹ Véase: CILLERO, M., *El tratamiento*, cit. (n. 8), pp. 11, 469 ss.

de las que se desprende la menor culpabilidad de los primeros: “*Las mismas razones por las que a los adolescentes no se les conceden los privilegios y responsabilidades de un adulto explican por qué su comportamiento irresponsable no es moralmente tan reprochable como el de un adulto*”⁹⁰. También: “*Los delitos cometidos por adolescentes pueden ser tan perjudiciales para las víctimas como los cometidos por personas mayores, pero merecen menos pena porque los adolescentes pueden tener menor capacidad que los adultos para controlar sus conductas y para pensar en largo plazo*”⁹¹. En fin: “*El fundamento de la retribución no es igual de fuerte en un menor que en un adulto. El castigo (o la retribución) no es proporcional si la pena legal más severa es impuesta a una persona cuya culpabilidad o reprochabilidad se encuentra disminuida, en gran medida, en razón de su juventud e inmadurez*”⁹²

Más allá de estos límites máximos impuestos por ley o por la jurisprudencia constitucional a las penas susceptibles de ser impuestas a los adolescentes, el principio de culpabilidad disminuida de los adolescentes se debería ver reflejado en un tratamiento punitivo privilegiado, en general, comparado con el que reciben los mayores de edad.

Sin embargo, si bien el privilegio punitivo de los adolescentes se aprecia con claridad en el límite máximo que puede alcanzar la duración de las penas impuestas por los delitos más graves, no es tan claro en el tratamiento de delitos algo menos graves, por ejemplo aquellos en los que se plantea frecuentemente la necesidad de escoger entre una sanción privativa de libertad efectiva o una ambulatoria. Más aun, en el caso de la criminalidad leve y de bagatela, históricamente se ha dado la situación opuesta, de una discriminación negativa o de perjuicio del adolescente, en comparación con el adulto. Esta situación se explica históricamente por la influencia del modelo de derecho tutelar de menores, que postulaba la necesidad de intervenir más intensamente en las vidas de los adolescentes –con las herramientas coactivas de la justicia–, aun frente a delitos de menor entidad, que para un infractor mayor de edad seguramente no serían objeto de intervención alguna, o sólo se castigarían con una multa.

Incluso en Alemania, que cuenta con un sistema de justicia penal dotado de ciertas garantías penales y procesales desde hace casi noventa años, se ha denunciado esta “posición desmejorada” (“Schlechterstellung”) de los ado-

⁹⁰ “Thompson v. Oklahoma”, 487 U.S. 815, 835 (1988), citado por ROSADO, L., *Kids are Different*, cit. (n. 33), p. A3.

⁹¹ “Eddings v. Oklahoma”, 455 U.S. 104, 115 n. 11 (1982), citado por ROSADO, L., *Kids are Different*, cit. (n. 33), p. A3.

⁹² “Roper v. Simmons”, 553, U.S. 541 (2005). citado por CILLERO, M., *El tratamiento*, cit. (n. 8), pp. 11, 469 ss., con detalles sobre la jurisprudencia norteamericana en la materia.

lescentes en comparación con la que tienen los mayores de edad, en relación con el tratamiento de la criminalidad leve y de bagatela⁹³. Así, por ejemplo, la jurisprudencia del BGH, entre los años 50 y 80 del siglo XX, llegó a permitir penas superiores para adolescentes que para adultos, argumentando que las de los primeros se debían medir, no según la gravedad del delito cometido, sino de tal modo que el necesario efecto educativo pudiese tener lugar⁹⁴.

Esta experiencia histórica le da sentido, entonces a la formulación de dos estándares separados sobre el tratamiento punitivo de los adolescentes, en comparación con los mayores de edad (a pesar de que el del segundo lógicamente convierta en superfluo al primero). Por una parte, como exigencia mínima de la igualdad formal, la prohibición de un tratamiento penal más severo al adolescente que al adulto; por la otra, como una exigencia específica de igualdad material, que demanda atender a la culpabilidad disminuida de los adolescentes, el tratamiento punitivo privilegiado de los adolescentes frente a los adultos.

En relación con el primer estándar, si bien Alemania no cuenta con una norma expresa, la prohibición de un tratamiento penal más severo al adolescente que al adulto es postulada por la doctrina como un principio fundamental⁹⁵, en abierta crítica a la práctica histórica de discriminación negativa de los adolescentes, en relación con la criminalidad menos grave. De hecho, el propio BGH, a partir de la segunda mitad de los años 80 del siglo XX, finalmente abandonó la tesis de que la fijación de la duración de la pena juvenil debía atender únicamente al efecto educativo esperado, y reconoció que, ni siquiera en caso de una especial necesidad educativa (por ejemplo por existir un claro pronóstico de reincidencia), sería admisible una pena se supere la medida de la culpabilidad por el hecho⁹⁶.

En España, por su parte, el estándar que prohíbe un tratamiento punitivo más severo al adolescente se recoge expresamente en el artículo 8.2 LORR-PM., conforme al cual: “[...] *tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1.a, b, c, d y g, en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal*”.

⁹³ Analizada, por ej., en Alemania, por ALBRECHT, P.-A., *Jugendstrafrecht*, cit. (n. 40), pp. 74-75.

⁹⁴ BURSCHEIDT, Ulrike, *Das Verbot der Schlechterstellung Jugendlicher und Heranwachsender gegenüber Erwachsenen in vergleichbarer Verfahrenslage* (Baden-Baden, Nomos, 2000), pp. 86-87.

⁹⁵ EISENBERG, U., *Jugendgerichtsgesetz*, cit. (n. 72), § 18 número marginal 15; ALBRECHT, P.-A., *Jugendstrafrecht*, cit. (n. 40), pp. 82-83.

⁹⁶ BURSCHEIDT, U., *Das Verbot*, cit. (n. 94), p. 88.

Esta norma, como se advierte, “sólo excluye la penalidad que exceda la de los adultos, no la que la iguale”⁹⁷, pero tiene pleno sentido habida cuenta de la tradición tutelarista con la que rompe la LORRPM. De hecho, en España se reconoció como un avance la afirmación jurisprudencial de la prohibición de perjuicio (o discriminación negativa), alcanzada por primera vez a través de la decisión del Tribunal Constitucional español que invalidó la condena de un menor de edad a 4 meses de internamiento en centro semiabierto, por una falta frustrada de hurto, en atención a que con ello se infringía el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida, principio que impide que ésta sea más grave o de una duración superior a la pena que se podría imponer a un adulto por los mismos hechos, con independencia de las especiales circunstancias del menor que pudieran hacer aconsejable la adopción de esa medida (como las supuestas necesidades educativas de una internación)⁹⁸.

En Costa Rica, por su parte, el artículo 131 de la LJPJ. dispone que: “[L]a medida de privación de libertad nunca podrá aplicarse como sanción cuando no proceda para un adulto, según el tipo penal”.

En esa disposición puede verse, ciertamente, una expresión del estándar que prohíbe dar al adolescente un tratamiento punitivo más severo que al mayor de edad. Y si bien con ello no se prohíbe expresamente que la duración de la pena impuesta al adolescente exceda la que seguramente habría recibido un adulto por el mismo delito, en la práctica es muy improbable que se produzca una discriminación negativa del adolescente en la duración de las penas privativas de libertad, por la exigencia adicional, establecida por el artículo 131, en el sentido de que al adolescente sólo se le puede castigar con este tipo de sanción “[c]uando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal [...] con pena de prisión superior a seis años”, es decir, delitos graves que, seguramente, harían al adulto acreedor de una

⁹⁷ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel, *El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho Penal de los Menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre*, ahora, en BARREIRO, Jorge Agustín - FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (editores), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿qué hacer con los menores delincuentes?* (Barcelona, Atelier, 2007), p. 102.

⁹⁸ Véase la STC 61/1998, de 17 de marzo. Con todo, recientemente acusa LANDROVE (citado por BOLDOVA PASAMAR, cit. [n. 97], pp.106-107) que con la reforma introducida el año 2006 (Ley N° 8/2006), se produce un supuesto de discriminación negativa de los menores, pues se permite aplicar internamiento en régimen cerrado a casos de criminalidad en grupo u organizada (aún si la organización es de carácter transitorio), con independencia de la gravedad de los hechos cometidos (los delitos graves –sobre cinco años de prisión–, por sí solos, son pasibles de ser sancionados con esa medida; así como los menos graves en los que se emplee violencia o intimidación o se genere grave riesgo para la vida o la integridad física).

sanción de cuantía superior a la del adolescente. Además, el hecho de que la determinación de la cuantía de las sanciones de adolescentes quede sujeta, entre otros criterios, al principio de proporcionalidad con la gravedad del hecho, y de que en la fase de elaboración de la LJPJ. se haya eliminado la pena privativa de libertad por necesidades de prevención especial –que el proyecto de ley original consideraba, justamente para el caso de delitos que en la legislación penal común no son graves–⁹⁹, refuerza los resguardos en contra de un tratamiento más severo para el adolescente, en relación con la extensión de la privación de libertad.

Más difícil es, en cambio, encontrar en el derecho comparado una consagración expresa del segundo estándar, a saber, la exigencia general de tratamiento punitivo privilegiado. Sin embargo hay referencias expresas a ese principio en la doctrina y una práctica judicial fundamentalmente consistente con él.

Así, por ejemplo, en Alemania, Strobel destaca que el Derecho penal juvenil tiene una función de “ofrecer un trato privilegiado” al joven, y a eso se alude con el lema de la “prioridad de la educación”¹⁰⁰. Consistentemente con ello, en la doctrina mayoritaria, y en la jurisprudencia de los últimos 25 años, los límites superiores y las atenuantes (o los marcos penales atenuados establecidos por el *Código Penal* alemán para los “*casos menos graves*”) del derecho penal de adultos, sí se respetan cuando se trata de un adolescente, pese a lo dispuesto por el parágrafo 18, I, 3, JGG., en el sentido de que (respecto de los adolescentes) no se aplican los marcos penales de adultos; en cambio, los límites inferiores y las agravantes no se aplican necesariamente, en primer lugar, por el carácter “*no constitutivo*” de la culpabilidad en la JGG. –en el sentido de que en esta ley especial, la culpabilidad no fundamenta, sino tan sólo limita, la medida de la pena–, y, en segundo lugar, porque esas agravantes, en general, se centran en el aspecto objetivo de la culpabilidad, mientras que la medición de la culpabilidad de los adolescentes es especial, más centrada en los aspectos subjetivos, que hagan especialmente reprochable el hecho¹⁰¹. Por último, teniendo en cuenta que “la culpabilidad de un adolescente que se encuentra aún en una etapa de desarrollo es, en comparación con la de un adulto, y en situaciones comparables, en general menor, nunca mayor [...] este no puede ser hecho responsable por el hecho en la misma medida que el adulto”¹⁰². Albrecht, por su parte, parte de la base de que el ordenamiento

⁹⁹ TIFFER, C., *Ley*, cit. (n. 81), pp. 138 ss., 417.

¹⁰⁰ STROBEL, Sonia, *Verhängung und Bemessung der Jugendstrafe – Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Strafzwecke* (Aachen, Shaker Verlag, 2006), p. 14.

¹⁰¹ *Ibíd.*, pp. 189-193.

¹⁰² *Ibíd.*, pp. 116-139.

jurídico protege especialmente la fase vital de la minoría de edad, prohíbe la discriminación negativa de los adolescentes en comparación con los adultos y justifica, por el contrario, una discriminación positiva, esto es, “un tratamiento suficientemente desigual, en conformidad al principio de igualdad en perspectiva constitucional”¹⁰³. Aplicado este criterio a la privación de libertad, se justifica evitar todo lo posible su imposición, por los daños adicionales que provoca en esa fase vital, e incluso “como un primer paso normativo en esta dirección, se debería elevar la edad de “capacidad penal”, es decir, la edad mínima para ser objeto de la imposición de una pena juvenil (privativa de libertad), a 16 años”¹⁰⁴.

En España también, de acuerdo con Cruz Márquez, “es admitido por todos que el menor y el joven presentan una culpabilidad “disminuida” frente al adulto”, lo que se entiende como una menor exigibilidad de la conducta conforme a derecho, en base a “la fragilidad del proceso de socialización en que aún se encuentra inmerso el adolescente, así como su menor experiencia sobre el funcionamiento de las normas penales y las consecuencias de su infracción”¹⁰⁵.

También en Costa Rica, la doctrina parte de la base de la menor culpabilidad de los adolescentes, tanto por su menor madurez cuanto por la co-responsabilidad de la sociedad en la criminalidad de los adolescentes, y del importante papel que en un sistema de justicia juvenil debe desempeñar la culpabilidad como límite de la cuantía de la pena¹⁰⁶. Fuera de ello, y aún cuando no se le derive directamente de la culpabilidad disminuida de los adolescentes, la exigencia de dar a estos sujetos un tratamiento punitivo menos severo (privilegiado) que a los adultos, también se ha fundado en los fines de prevención especial positiva¹⁰⁷.

c) Juzgamiento diferenciado de los elementos de la categoría culpabilidad. Fuera de la afirmación genérica de una culpabilidad disminu-

¹⁰³ ALBRECHT, P.-A., *Jugendstrafrecht*, cit. (n. 40), pp. 109-110.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 83-84, citando en la misma línea la propuesta de la Asociación Alemana de Jueces Juveniles y Asistentes Judiciales Juveniles, formulada en su Congreso de 1992.

¹⁰⁵ CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención general en el Derecho penal de Menores* (Madrid, Marcial Pons, 2006), pp. 114-115.

¹⁰⁶ LLOBET, J., *La sanción*, cit. (n. 79), pp. 231-235. VÉASE: también CHAN, Gustavo, *Adultocentrismo y Culpabilidad Penal Juvenil* (San José, Costa Rica, IJSA, 2007), pp. 331-343, para quien, tratándose de adolescentes, la culpabilidad, como medida del reproche penal y límite de la pena, debe integrarse con el principio del *in teris superior del niño* (niño-adolescente, en este caso), que exige la mínima restricción posible de sus derechos, con la consecuencia de que la medida de culpabilidad resultante es (mucho) menor que la que podría predicarse de un adulto que hubiese cometido el mismo hecho.

¹⁰⁷ TIFFER, C., *Ley*, cit. (n. 81), p. 383.

da de los adolescentes, en el derecho comparado también se han formulado exigencias de un juzgamiento diferenciado de los adolescentes en relación los diversos elementos de la categoría sistemática de la culpabilidad.

En primer lugar, dado que los sistemas penales de adolescentes rigen a partir de una edad mínima (en Chile, 14 años), por debajo de la cual se presume de derecho la inimputabilidad de los niños, por inmadurez, en ellos se plantea la cuestión de si el principio de culpabilidad no exige ofrecer al adolescente, mayor de esa edad mínima, siquiera la posibilidad de demostrar que, pese a ser cronológicamente adolescente, no cuenta con la madurez necesaria para responder como un imputable.

De hecho, en Alemania, el § 3 JGG. establece, por sobre la edad de absoluta incapacidad penal (que rige hasta los 14 años), un sistema de capacidad penal condicionada, dependiente de un juicio especial, centrado en el concepto de “madurez de responsabilidad” (“Verantwortungsreife”), al que debería someterse a todo joven de entre 14 y 18 años, presunto autor de un delito¹⁰⁸. Este modelo es, sin embargo, objeto de viva discusión en Alemania, y la praxis judicial procede de forma bastante superficial, vacía y tautológica en la interpretación del § 3 de la JGG¹⁰⁹. Por lo demás, en relación con la criminalidad más leve, la declaración de irresponsabilidad por inmadurez puede conducir a la adopción de medidas de protección por el juez tutelar (“Vormundschaftsrichter”) más intensas y severas, de modo que muchos jueces prefieren declarar la responsabilidad y adoptar medidas más inocuas (amonestación, obligación de presentar disculpas, etc.) o suspender el procedimiento por razones de oportunidad (principio de oportunidad)¹¹⁰. Sin embargo, en los casos de delitos graves, el § 3 de la JGG. vuelve a adquirir relevancia práctica pues se ofrece como una salida culpabilística, acaso la única, en contra de penas juveniles que pueden llegar a alcanzar los diez años de duración. Con todo, la polémica también se plantea en relación con la posible falta de entidad propia de esta causa de exclusión de la culpabilidad frente a las demás del Derecho penal general, que también son aplicables en el Derecho penal de menores^{111 112}.

¹⁰⁸ El § 3, primera frase, de la JGG. dispone: “*Un adolescente es responsable jurídicopenalmente cuando, al tiempo del hecho, de acuerdo con su desarrollo ético y mental, es suficientemente maduro para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión*”.

¹⁰⁹ ALBRECHT, P.-A., *Jugendstrafrecht*, cit. (n. 40), pp. 99 ss.

¹¹⁰ *Ibíd.*, pp. 100-101.

¹¹¹ Este tema ocupa a todos los comentarios de la JGG. y manuales de Derecho penal de menores alemán, al tratar de la interpretación del § 3 de la JGG.

¹¹² Sobre el debate en torno al § 3 de la JGG., véase con más detalle: COUSO, J., *Fundamentos*, cit. (n. 67), pp. 476 ss.

En España no se cuenta con una disposición similar al § 3 de la JGG. alemana. Una disposición parecida, contenida por uno de los proyectos de ley que sirvió como antecedente de la actual LORRPM. fue eliminada en proyectos posteriores y en la ley misma¹¹³, de modo que en la práctica rige un sistema de presunción *iuris et de iure* de imputabilidad (por madurez) de todos los mayores de catorce años. Contra esta decisión se objeta que “el legislador español ha optado por presumir la existencia de uno de los elementos esenciales del delito en unas edades en las que se discute su concurrencia, pudiendo atentar así [...] contra el principio de culpabilidad y contra la presunción de inocencia”¹¹⁴, siendo necesario, por ello, de *lege ferenda*, combinar la existencia de un criterio cronológico de determinación de la imputabilidad, presumiendo (*prima facie*) que por encima de los 14 años generalmente se tiene responsabilidad, con el criterio del *discriminatio*, que permite al tribunal excepcionalmente apreciar la insuficiente madurez de un adolescente, en particular, al que cabría declarar inimputable¹¹⁵. Sin embargo, la ausencia de un juicio individualizado de madurez de responsabilidad en la LORRPM. no impediría, de *lege lata*, de acuerdo con lo sostenido por Cruz Márquez, “la valoración de las deficiencias constatadas en el proceso de madurez del menor en el marco del análisis relativo a la exigibilidad de la conducta conforme a la norma, cuando éstas hayan influido, disminuyéndola considerablemente, en su capacidad de culpabilidad”¹¹⁶; otra alternativa de solución, según Lacruz López, si bien sólo parcial, es la aplicación de la causal de inimputabilidad por anomalía psíquica, si el nivel de inmadurez del mayor de catorce años es de tal envergadura, que puede considerarse “anómalo”¹¹⁷.

También en Costa Rica la legislación presume la imputabilidad de los adolescentes (desde los 12 años), lo que ha motivado críticas similares a las que ha merecido la regulación española, y propuestas de establecimiento de una norma semejante a la del § 3 de la JGG. alemana¹¹⁸.

¹¹³ *Ibid.*, p. 477.

¹¹⁴ NAVARRO FRÍAS, Irene, *El necesario regreso del principio de culpabilidad al Derecho penal de menores*, ahora, en SOLA RECHE, Esteban y otros, *Derecho penal y psicología del menor* (Granada, Comares, 2007), p. 126

¹¹⁵ NAVARRO FRÍAS, I., *El necesario regreso*, cit. (n. 114), p. 129. En sentido similar, COUSO, J., *Fundamentos*, cit. (n. 67), p. 480, destacando que, a falta de un juicio individualizado de imputabilidad por madurez, la consideración de la especial situación culpabilística de un adolescente debe tenerse en cuenta en la evaluación de los demás elementos de la culpabilidad.

¹¹⁶ CRUZ MÁRQUEZ, B., *Educación*, cit. (n. 105), p. 100.

¹¹⁷ LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad*, cit. (n. 77), p. 258.

¹¹⁸ Véase el detenido desarrollo de CHAN, G., *Adultocentrismo*, cit. (n. 106), pp. 182 ss., 195 ss. y 350.

Fuera del campo de una eventual inimputabilidad por inmadurez, pero todavía en relación con la categoría sistemática de la imputabilidad, Eisenberg postula que la privación temporal de razón, que afecta la imputabilidad del autor, debe apreciarse de forma especial para los adolescentes, tanto para declarar su efecto eximente como para concederle eficacia meramente atenuante de responsabilidad¹¹⁹. La jurisprudencia del BGH ha llegado a una conclusión similar cuando ha rebajado, respecto de los adolescentes, el umbral relativo a la proporción de alcohol en la sangre que conduce, respectivamente, a declarar la inimputabilidad o la imputabilidad disminuida, de modo que concentraciones de alcohol que no serían suficientes para declarar, respectivamente, la inimputabilidad o la imputabilidad disminuida de una persona mayor de edad, sí lo pueden ser para un adolescente¹²⁰.

También se plantea en Alemania la necesidad de un juzgamiento diferenciado del elemento conocimiento de la antijuridicidad, en relación con la vencibilidad del error de prohibición, cuyas exigencias deben situarse, respecto de los adolescentes, más abajo que para los mayores de edad¹²¹. La misma exigencia –anticipada ya por Bustos Ramírez¹²²– se plantea en España, donde Cruz Márquez advierte que “las peculiaridades que presenta el menor respecto del adulto [...] afecta[n] a todos y cada uno de los elementos que conforman la culpabilidad”, y por ello también a la evitabilidad o inevitabilidad del error de prohibición, condicionada por “los rasgos característicos del comportamiento del menor adolescente –impulsividad, irreflexión, necesidad de experimentación, etc.–, y su particular relación con las normas sociales”, sobre todo en caso de elementos del tipo que no sean significativos para las representaciones de los adolescentes (como los límites de edad en los delitos sexuales), o en caso de intereses protegidos más o menos ambiguos (como en el exhibicionismo o los escándalos públicos)¹²³. En Costa Rica destaca el planteamiento de Chan, quien cuestiona el empleo, por parte de la doctrina tradicional, de una generalización a d u l t o c é n t r i c a (y eurocéntrica), el hombre profano adulto, como base para decidir resolver el conocimiento del injusto, y ofrece un detenido desarrollo de los criterios

¹¹⁹ EISENBERG, U., *Jugendgerichtsgesetz*, cit. (n. 72), § 1 número marginal 25.

¹²⁰ Véanse las sentencias BGH, *NStZ-RR* 98, 86, y BGH, *NStZ-RR* 97, 65, citadas por EISENBERG, U., *Jugendgerichtsgesetz*, cit. (n. 72), § 1 número marginal 25.

¹²¹ EISENBERG, U., *Jugendgerichtsgesetz*, cit. (n. 72), § 3 número marginal 32.

¹²² BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho penal de menores: por un derecho penal del menor*, ahora, en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (director), *Un Derecho penal del menor* (Santiago, ConoSur, 1992), p. 8.

¹²³ CRUZ MÁRQUEZ, B., *Educación*, cit. (n. 105), p. 111.

que debería emplearse, respecto de los adolescentes, para resolver si el error de prohibición era o no vencible¹²⁴.

En relación con la exigibilidad de una conducta ajustada a derecho, a la que se suele asociar, consecuencia normativa, la reprochabilidad del comportamiento evitable, la asunción de que los adolescentes, atendidas sus menores capacidades cognitivas, de juicio y autocontrol de los adolescentes (véase la sección anterior), están, como categoría, en una situación de exigibilidad disminuida, parece constituir la base misma para afirmar su culpabilidad disminuida¹²⁵, si bien a veces se alude materialmente a lo mismo mediante la referencia a una capacidad de culpabilidad (imputabilidad) disminuida¹²⁶ o a una *imputabilidad sui generis*¹²⁷, y para afirmar los estándares, ya examinados, de prohibición de un tratamiento punitivo más severo que al adulto, como mínimo, y de exigencia de un tratamiento punitivo privilegiado, como verdadera expresión de un tratamiento materialmente igualitario [véase, en esta sección, el apartado *b*)]. Por ello, más que postular que la adolescencia, por sí sola, constituye una circunstancia que conduce a juzgar de manera diferenciada todas las exculpantes fundadas en la inexigibilidad, la doctrina comparada se interesa en examinar situaciones específicas que, paradigmáticamente, afectan más grave y negativamente a un adolescente que a un adulto, en su capacidad de comportarse conforme a las exigencias del derecho. Entre ellas cabe destacar la influencia o presión de los grupos de pares (que se examinará en el apartado siguiente), la participación de un familiar o adulto en el delito en el que el adolescente se ve envuelto, y la existencia de otras condiciones familiares y sociales especialmente desfavorables¹²⁸.

d) Juzgamiento diferenciado de la coautoría y la complicidad. En el derecho comparado, la intervención delictiva de los adolescentes en grupos es objeto de especial atención criminológica y político-criminal, especialmente en relación con el fenómeno de las bandas delictuales¹²⁹, que da origen a una reacción más bien opuesta a una consideración sensible de las diferencias entre adolescentes y mayores de edad, produciendo una

¹²⁴ CHAN, G., *Adultocentrismo*, cit. (n. 106), pp. 242 ss., 252 ss.

¹²⁵ Así, en lo fundamental, CRUZ MÁRQUEZ, B., *Educación*, cit. (n. 105), pp. 113-114.

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 77.

¹²⁷ NAVARRO FRÍAS, I., *El necesario regreso*, cit. (n. 114), p. 118.

¹²⁸ CRUZ MÁRQUEZ, B., *Educación*, cit. (n. 105), p. 77.

¹²⁹ En relación con España y Alemania, véase: CANO PAÑO, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España* (Barcelona, Atelier, 2006), pp. 50 ss., 89 ss.

creciente estigmatización y llamados a un endurecimiento en el tratamiento de la criminalidad de adolescentes cometida en grupos¹³⁰.

Sin embargo, los conocimientos aportados por la psicología del desarrollo y por la criminología (sintetizados en la sección anterior) plantean el problema de la criminalidad y los grupos de pares desde una perspectiva distinta, que precisamente llama la atención sobre la necesidad de un juzgamiento diferenciado. En efecto, si, por un lado, la pertenencia a, y la convivencia cotidiana con grupos de pares, son una condición normal en el desarrollo de los adolescentes, y si, por otro lado, la comisión de ciertos hechos delictivos es relativamente normal durante la adolescencia, entonces puede comprenderse que con gran frecuencia (mucho mayor a la de las acciones delictivas realizadas por bandas criminales) los adolescentes se ven directa o indirectamente envueltos en acciones delictivas cometidas por alguno de sus amigos o compañeros de grupos, sin que la calificación de la conducta de cada uno de los que no intervino directamente sea sencilla, y sin que sea descartable que quienes lo hicieron, debido a complejas dinámicas de la relación grupal (asociadas con el peso desproporcionado que durante esta etapa tiene la opinión y la presión del grupo) hayan visto seriamente reducidas sus posibilidades de actuar de otro modo. En efecto, según Zimring, la dificultad para determinar una sanción apropiada o justa para los adolescentes (dada ya su menor culpabilidad) se ve agravada por el problema generalizado (“pervasive”) del adolescente con un papel accesorio en el hecho¹³¹, pues prácticamente en todo delito de adolescentes habrá uno o más que se encontraban ahí, junto al ejecutor, sin necesariamente haber intervenido de forma activa.

En base a esas consideraciones, pero de forma muy aislada, algunos planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales, en Alemania, se hacen cargo de esta problemática, tanto en relación con la tipicidad de la intervención delictiva, cuanto respecto de la culpabilidad de la misma.

Así, en primer lugar, para afirmar la tipicidad de la intervención punible de un adolescente, sea a título de complicidad o de coautoría, el BGH parece realizar un examen más cuidadoso del que es habitual con mayores de edad, y termina anulando la decisión de un tribunal inferior que había afirmado coautoría por parte del adolescente imputado, basado en el mero hecho de que éste tenía conocimiento de que el compañero (también adolescente) con quien viajaba estaba introduciendo una cantidad no insignificante de droga al país, y exige la verificación de una contribución efectiva, facilitadora de la conducta del ejecutor¹³². En esa decisión el BGH parece

¹³⁰ *Ibíd.*, pp. 126, 122 ss., con especial referencia al tratamiento que los medios de comunicación social dan a la criminalidad de grupos.

¹³¹ ZIMRING, F., *Groups*, cit. (n. 28), p. 883.

¹³² BGH, 2 StR 353/0, sentencia de 1 de septiembre de 2004 (disponible en: <http://>

entender que la circunstancia de seguir viajando con su compañero, pese a que éste portaba e introduciría a Alemania una cantidad importante de droga, era una conducta normal y esperable por parte del adolescente imputado, que no implica por sí sola una especial forma de alentar el comportamiento de su compañero.

En segundo lugar, la dinámica de la actuación en grupo (descrita en la sección anterior), respecto adolescentes muy dependientes de la aceptación y susceptibles a la presión de sus pares, es considerada por alguna doctrina, en Alemania, como un factor que puede excluir o reducir la imputabilidad de un adolescente que no fue capaz de retirarse ante los demás o de oponerse a sus exigencias¹³³. También en España se destaca, por ej. en el planteamiento de Cruz Márquez, el impacto negativo que la dependencia del grupo –y también de la banda, propiamente tal– puede tener en la capacidad del adolescente de ajustar su comportamiento a la comprensión del injusto, sobre todo cuando se trata de adolescentes en “situación de desatención y desarraigo socio-familiar”, lo que llega a un extremo, cuando “la banda constituye el único referente social del menor, como sustituto del grupo familiar”, situaciones que en algunos casos plantean “conflictos de lealtad desmedidos y de difícil solución”¹³⁴.

En Estados Unidos de América también se aprecia alguna consideración diferenciada de la participación criminal por parte de adolescentes que actúan en grupo. Sintetizando esta tendencia, Feld afirma que: “[s]i bien la ley trata a todos los partícipes en un delito como igualmente responsables, y permite castigarlos del mismo modo, la susceptibilidad de los menores de edad a la influencia de los grupos de pares demanda una evaluación más matizada de su grado de participación, responsabilidad personal y culpabilidad”¹³⁵.

Y ofrece, a continuación, alguna evidencia de legislaciones estatales que ya reconocen la diversa culpabilidad de los adolescentes resultante “[d]el nivel de participación del niño en la planificación y ejecución del delito”¹³⁶.

e) Intervención mínima y desjudicialización. De la afirmación de la normalidad, el carácter episódico y la remisión espontánea de la mayor parte de la criminalidad de niños y adolescentes, se desprende, en primer lugar, el carácter superfluo de cualquier intervención socioeducativa dirigida desde el sistema penal juvenil frente a este fenómeno (normal y muy extendido) de la criminalidad leve o de mediana gravedad ocasional, de r e m i s i ó n

juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=BGH&Art=en&nr=30400&pos=0&anz=1 [consultada el 7 de marzo de 2012]).

¹³³ ZIEGER, M., *Verteidigung*, cit. (n. 32), pp. 8-10.

¹³⁴ CRUZ MÁRQUEZ, B., *Educación*, cit. (n. 105), pp. 99, 96 ss., 116.

¹³⁵ FELD, B., *Bad Kids*, cit. (n. 14), p. 322.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 322.

es p o n t á n e a , más aún si se tiene en cuenta el riesgo de que el contacto con el sistema penal de adolescentes, en lugar de ayudarlo, estigmatice al niño o joven, dañando su desarrollo, estatus e inserción social. Pero si se tiene en cuenta, además, la afirmación acerca del riesgo criminógeno de la reacción penal formal frente a las primeras manifestaciones de criminalidad adolescente, entonces no sólo es innecesaria una intervención formal de la justicia, sino que además, ésta resulta ser contraindicada: no sólo es superflua, sino que es, derechamente, contraproducente.¹³⁷ Este estándar diferenciado de juzgamiento tiene más bien expresión en el proceso penal, pero en una dogmática penal que integra consideraciones de política criminal, puede incidir, adicionalmente, en la aplicación del Derecho penal sustantivo, reforzando valoraciones en el ámbito del injusto o la culpabilidad.

f) Excepcionalidad de la privación de libertad: prioridad *prima facie* por sanciones ambulatorias, salvo en casos de extrema gravedad del delito. Del principio de especial protección del desarrollo y de los derechos del adolescente frente al sistema penal y la privación de libertad en este trabajo se ha derivado el estándar de la excepcionalidad de la privación de libertad, y el de la mayor brevedad posible de dicha medida [ambos recogidos, como se sabe, en el artículo 237, b) CIDN.]. Ambos estándares, sin embargo, también suelen ser tratados como una derivación del principio de especial orientación del Derecho penal de adolescentes a la prevención especial positiva, del que el principio de especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente frente a la privación de libertad, en la práctica, no es del todo separable (no obstante la diversa naturaleza de sus fundamentos: utilitaristas, en el caso de aquél; morales –a partir de la dignidad del individuo–, en el caso de éste).

Ambos estándares de juzgamiento diferenciado se fundan en el conocimiento, ampliamente aceptado (véase, más arriba, II), sobre el efecto desocializador y criminógeno de las penas privativas de libertad de adolescentes, así como sobre la mayor sensibilidad a la pena y vulnerabilidad frente a los efectos perjudiciales de la cárcel. Si el primer antecedente importa especialmente por las negativas consecuencias sociales (y político-criminales) que se derivan del empleo de un medio de reacción al delito que genera mayor delincuencia, el segundo antecedente incide en la aplicación del principio de proporcionalidad, que, al valorar la intensidad de la restricción de derechos impuesta por la pena, necesariamente debe tener en cuenta al sujeto concretamente afectado por la misma¹³⁸. La aplicación de este principio a

¹³⁷ COUSO, J., *Sistemas*, cit. (n. 12), p. 158.

¹³⁸ KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Berlín, Springer, 1997), p. 603.

los niños, teniendo en cuenta el mayor impacto que en ellos tiene la pena, especialmente la privativa de libertad, también explica los especiales límites y resguardos impuestos a la procedencia y extensión de la misma. Por ello, sostiene Feld, la aplicación a los adolescentes de penas iguales que las impuestas a los adultos (como lo pretende la política de “adult crime, adult time”), sería desproporcionadamente más severa para aquéllos¹³⁹.

El desarrollo del estándar de la excepcionalidad de la privación de libertad en el derecho comparado interesa especialmente para desentrañar su sentido preciso, sobre todo a la hora de definir materialmente cuándo estará justificado, y cuándo no, hacer uso extraordinario de ese ú l t i m o r e c u r s o .

En esta materia, la tendencia a nivel del derecho comparado de los tres países estudiados consiste que el recurso extraordinario a la privación de libertad queda reservado únicamente para los casos en que la gravedad del delito y de la culpabilidad del autor por el mismo justifica recurrir a la pena privativa de libertad. En cambio, cada vez encuentra menos apoyo la apelación a la supuesta necesidad educativa o preventivo-especial positiva de un tratamiento, como justificación suficiente para recurrir a una sanción de encierro que no parece proporcionada a la gravedad del injusto y de la culpabilidad. Así, la especial orientación de las sanciones a la resocialización de los adolescentes es, por ello, un motivo más bien para evitar emplear ese ú l t i m o r e c u r s o . Por ello, el estándar de la excepcionalidad de la privación de libertad, a nivel del derecho comparado, como criterio de juzgamiento diferenciado de los adolescentes, en sede de determinación o individualización judicial de las sanciones, se puede reconstruir básicamente como una prioridad *prima facie* por sanciones ambulatorias, salvo en casos de extrema gravedad del delito¹⁴⁰.

En efecto, incluso en Alemania, cuya legislación teóricamente permite recurrir a la privación de libertad, no sólo en un caso de “grave culpabilidad” (lo que supone también un delito muy grave), sino también “cuando a causa de las tendencias dañinas del adolescente, puestas de relieve en el hecho, no son suficientes medidas educativas o medios disciplinarios”¹⁴¹ (fundamento de la “pena educativa”, del § 18 II, primera alternativa, JGG.), el BGH declaró, como ya se señaló, que ni siquiera en caso de una especial n e c e s i d a d e d u c a t i v a (por ejemplo por existir un claro pronóstico de reincidencia), sería admisible una pena se supere la medida de la culpabilidad por

¹³⁹ FELD, B., *Bad Kids*, cit. (n. 14), p. 314.

¹⁴⁰ Sobre ello, en detalle, examinando doctrina y jurisprudencia de Alemania, España y Costa Rica, véase: COUSO, J., *Límites*, cit. (n. 4), pp. 181 ss.

¹⁴¹ Medidas educativas, medios disciplinarios y penas juveniles son las tres posibles consecuencias jurídicas del injusto penal culpable cometido por un adolescente bajo la JGG.

el hecho¹⁴². Además, en la actualidad, la “*pena educativa*” es objeto de una muy enérgica y extendida crítica, y se discute su eventual derogación¹⁴³, lo cual dejaría como única hipótesis de privación de libertad lícita, la “*pena de culpabilidad*”, que justamente reconoce como fundamento único la gravedad del delito cometido (y de la culpabilidad que le cabe al adolescente), sin perjuicio de que admite como límite (a lo menos como criterio para la suspensión condicional de su ejecución) el principio educativo, esto es, el interés preventivo-especial positivo¹⁴⁴.

Este entendimiento se va extendiendo incluso en países que han adoptado el “*principio educativo*” como un eje de su legislación penal juvenil, como ocurre en Costa Rica y España. En ellos, tanto la finalidad educativa (entendida virtualmente como un sinónimo de la finalidad de prevención especial positiva), como la protección del desarrollo del adolescente, son razones para evitar la privación de libertad, no para imponerla, de modo que sólo la gravedad del delito, asociada a necesidades de prevención general de los delitos (o a la idea de cierta retribución), puede justificar recurrir al encierro. Representativo de esta concepción es, por ejemplo, el voto redactado por Llobet Rodríguez en una sentencia del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, en el que se admite que “*no puede desconocerse que la sanción penal juvenil desempeña una función de prevención general*”, aun cuando sea “*primordialmente educativa*”; por ello, considerando “*los efectos perjudiciales que presenta la misma para el desarrollo del joven que es sometido (a ella)... de acuerdo con el principio educativo lo más conveniente para la reinserción social del joven era modificar la sanción de internamiento por una de libertad asistida [...] la privación de libertad debe ser utilizada solamente como último recurso*”¹⁴⁵. El propio Llobet explica que la prevención general tiene un rol, a través de la consideración de la gravedad del hecho, en la definición de si se aplica o no privación de libertad, pues si el único fin a considerar fuera el educativo, “*podría suceder que hechos de gran gravedad recibieran una sanción ínfima [...]. Ello mismo haría difícilmente justificable que, aún en hechos sumamente graves pudiera disponerse el internamiento, debido a*

¹⁴² BURSCHIEDT, U., *Das Verbot*, cit. (n. 94), p. 88. Véase también: KEISER, Claudia, *Jugendliche Täter als strafrechtlich Erwachsene? Das Phänomen der “Adulteration” im Lichte internationaler Menschenrechte*, en *ZStW*, 120 (2008) 1, pp. 54-55, citando la decisión BGH *NSStZ* 1990, 389.

¹⁴³ Propuesta desde hace años por los Congresos de la Asociación de Jueces Juveniles y de la Asistencia Judicial Juvenil; véase: ALBRECHT, Hans-Jörg, *Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? Gutachten D zum 64. Deutschen Juristentag* (Berlín, Verlag C.H. Beck, 2002), p. 153.

¹⁴⁴ ALBRECHT, Hans-Jörg, *Ist [...] noch zeitgemäß?*, cit. (n. 143), pp. 153-154, 171.

¹⁴⁵ Citado por TIFFER, Carlos, *Ley*, cit. (n. 81), pp. 393-394.

los efectos criminógenos del mismo... el internamiento solamente se puede justificar por la gravedad del hecho y no por una necesidad educativa”¹⁴⁶. Pero justamente frente a esas posibles necesidades preventivo-generales de una sanción severa, como la privación de libertad, el principio de especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, aun en ciertos casos de delitos graves, aparece como una razón, conforme a cierta jurisprudencia de Costa Rica, para evitar el empleo de aquel último recurso, considerando que en la individualización de la sanción interesa “*no solamente de protección a la sociedad, afrontada por la conducta delictiva desplegada por el menor y que merece sanción; sino también en protección del mismo encartado, en aras de procurar su recuperación social y humana; sin que pueda obviarse la influencia negativa que un establecimiento penitenciario ejercerá sobre los menores internados, máxime en un período tan prolongado como el que solicita la representación del Ministerio Público, y referido a personas que por encontrarse en un proceso de desarrollo y formación, resultan con una mayor vulnerabilidad a este tipo de influencias*”¹⁴⁷.

En España, por su parte, Cruz Márquez resume la interrelación entre criterios preventivo-generales y preventivo-especiales en la determinación de la medida, indicando, por una parte, que “a la luz de una interpretación coherente del principio educativo, es preciso observar las circunstancias y características del menor en todos los supuestos [...] armonizando los diferentes criterios, preventivo-generales y preventivo-especiales, que intervienen en la determinación de la medida juvenil”¹⁴⁸, criterios preventivo-especiales que juegan, no a favor, sino en contra de la intervención penal, dado que “debe entenderse el principio resocializador como evitación de las consecuencias nocivas desencadenadas por la intervención penal”, de manera que “abundando en esta interpretación en clave negativa del principio educativo ... la consecución del interés superior del menor al determinar la medida habrá de orientarse a reducir al mínimo las consecuencias negativas”^{149, 150}.

¹⁴⁶ LLOBET, Javier, *Principios de la fijación de la sanción penal juvenil*, ahora, en LLOBET, J., TIFFER C. - DÜNKEL, F., *Derecho penal juvenil*, (San José de Costa Rica, DAAD, 2002), p. 447.

¹⁴⁷ Voto N° 591-F-97, Tribunal Superior de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José, en *Revista de Derechos del Niño*, Número Uno (2002), pp. 328-329.

¹⁴⁸ CRUZ MÁRQUEZ, B., *Educación*, cit. (n. 105), pp. 142-143.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 134-135..

¹⁵⁰ Con todo, debe advertirse que esta concepción negativa del principio educativo, no siempre es seguida por las decisiones de los tribunales españoles. Así, por ejemplo, puede mencionarse la sentencia 16/03, de fecha 18 de febrero de 2003, de la Audiencia Provincial de Guadalajara, que confirma la imposición a un menor de la medida de internamiento en centro terapéutico por seis meses por un delito de robo y una falta de hurto en grado de tentativa “*pues, como apuntó el Equipo Técnico referenciado, atendida*

Además, una característica de la regulación legal de ambos países, que no está presente en la JGG. alemana, da cuenta de que la necesidad de una pena privativa de libertad, en concepto del legislador de Costa Rica y del de España, viene indicada fundamentalmente por razones preventivo-generales, y no por razones preventivo-especiales. Esa característica, ya indicada más arriba, es el hecho de que la privación de libertad en régimen cerrado se reserva, por el legislador, fundamentalmente para casos considerados, en cada legislación, como delitos graves¹⁵¹. Así, en estos países la privación de libertad es una sanción que exige legalmente un mínimo de necesidad preventivo-general, y cuyas reglas judiciales de aplicación, en cualquier caso, también exigen ponderar tales criterios preventivo-generales –que pueden hacer aconsejable una pena privativa de libertad– con los criterios preventivo-especiales a –que aconsejan más bien evitar los perjuicios de esa pena para el desarrollo e inserción social del adolescente–. Así, la “*pena educativa*”, esto es, una privación de libertad indicada para alcanzar fines de prevención especial positiva, no ha sido reconocida por las legislaciones penales de adolescentes más recientes, diversas de la alemana, que nuestra LRPA. ha tenido en cuenta

la evolución de Jon y evidenciado que se encuentra inmerso en un ambiente delincencial, siendo su situación actual de grave riesgo social, se consideró adecuado adoptar una medida de internamiento, desaconsejándose la libertad vigilada, al evidenciarse la necesidad de someter al menor referido a una intervención psicológica y educativa intensa y estrecha, lo que obviamente no podría lograrse a través de la medida que se interesa”; una argumentación perfectamente congruente con la lógica de las legislaciones tutelares de menores, que fundaban la intervención punitiva-reformadora en las necesidades del menor más que en su responsabilidad por el delito cometido.

¹⁵¹ En la LJPJ. de Costa Rica, la sanción de “*internamiento en centro especializado*” sólo puede imponerse –excluido el caso de quebrantamiento de otra sanción–: “*Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años*” [artículo 131, a)]. Por su parte, la LO-RRPM. de España, reserva la medida de internamiento en régimen cerrado para los casos de delitos tipificados como “*delito grave*” por el Código penal o leyes penales especiales, o en los que se ha empleado violencia o intimidación en las personas, así como para los delitos cometidos en grupo o actuando el menor al servicio de una banda (artículo 9, 2). Si bien el último caso parece atender a criterios preventivo-especiales basados en la peligrosidad del sujeto, más que en la necesidad preventivo-general dependiente de la gravedad del hecho -como en el caso de la “*pena educativa*” alemana-, no es claro que el recurso a la privación de libertad se base aquí en un fundamento de prevención especial positiva (conveniencia de esa sanción para la inserción social del adolescente), sino que más parece tratarse de uno de aseguramiento de la sociedad a través de “*sacar de circulación*” por un tiempo al adolescente (prevención especial negativa); ello sin perjuicio de que no puede descartarse que también la participación en bandas (no así en un simple grupo) puede elevar la necesidad social (preventivo-general positiva) de una pena percibida como efectiva.

como modelo, para las cuales el recurso a la privación de libertad es función casi exclusivamente de la gravedad del delito cometido.

g) Mayor brevedad posible de la privación de libertad. Los mismos fundamentos empíricos del estándar de excepcionalidad de la privación de libertad sirven para justificar la exigencia de la mayor brevedad posible de esa medida, cuando finalmente se ha recurrido a ella. Más arriba se hizo alusión a tales fundamentos y a su consagración en la CIDN. El estándar se expresa, en materia penal sustantiva, en dos campos¹⁵². En primer lugar, en el de la individualización judicial de las sanciones, que justamente deben quedar fijadas en la menor extensión posible. En el derecho comparado, con todo, este estándar se confunde, en la práctica, con el que exige dar a los adolescentes un tratamiento punitivo privilegiado, en comparación con los adultos (estándar derivado del principio de culpabilidad disminuida de los adolescentes). Sin embargo, sostener que el estándar de la mayor brevedad posible deriva del principio de especial protección de los adolescentes frente a los efectos negativos de la privación de libertad justifica darle un efecto autónomo, distinto del que proviene de la simple aplicación del principio de culpabilidad disminuida, de modo que, aun en el caso de una pena de encierro cuya extensión ha sido calculada en una cuantía inferior a la que correspondería a un adulto, habida cuenta de la menor culpabilidad del adolescente, todavía es exigible que el tribunal considerara la posibilidad de reducir aún más su extensión, si ello es necesario para proteger al adolescente de graves perjuicios en su desarrollo y derechos.

El segundo campo de aplicación de este estándar, en materia penal sustantiva, es el de la ejecución de las sanciones privativas de libertad, donde se traduce en la exigencia de promover un acceso progresivo y acompañado del adolescente encarcelado a espacios y situaciones de vida en libertad, examinando, lo antes posible, la alternativa de poner término anticipado a la sanción privativa de libertad que ya se está ejecutando. Este estándar incluso es recogido por instrumentos internacionales de derechos del niño¹⁵³. Así, por ejemplo, la Regla 28 de las “Reglas de Beijing”¹⁵⁴, establece que: “[L]a autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y

¹⁵² No se tiene en cuenta aquí, en cambio, la aplicación de este estándar en un tercer campo, a saber, el de la extensión temporal de la prisión preventiva (o internación provisoria, para usar el lenguaje de la LRPA.), que ha sido objeto de análisis en otro trabajo, destinado al derecho procesal penal; véase: DUCE - COUSO, *El Derecho*, cit. (n. 3), pp. 23 ss.

¹⁵³ Véase: ESTRADA, F. J., *La sustitución*, cit. (n. 4), pp. 547 ss.; COUSO, J., *Sistemas*, cit. (n. 12), pp. 162-163.

¹⁵⁴ “Reglas de Beijing”, cit. (n. 13).

la concederá tan pronto como sea posible”, añadiendo el comentario oficial de dicha regla, que: “[c]uando las circunstancias lo permitan, se deberá optar por conceder la libertad condicional en lugar de dejar que el menor cumpla toda la pena [...] incluso a delincuentes que se consideraron peligrosos en el momento de su confinamiento en un establecimiento penitenciario”. También el derecho de Alemania, España y Costa Rica han desarrollado este estándar¹⁵⁵.

Así por ej., en Alemania, el § 88 JGG. permite la suspensión del resto de la pena a prueba, si se ha cumplido con un tiempo (seis meses) y una fracción (un tercio) de la pena impuesta por la condena, una exigencia proporcionalmente inferior a la que rige para la suspensión del resto de la pena a prueba aplicable a los mayores de edad (dos tercios, calculados sobre penas que además ya son más extensas que las de adolescentes), lo que da cuenta de que los “intereses propios del principio retributivo que excepcionalmente podrían ser defendibles deben ponderarse con las exigencias educativas que siempre deben tenerse en cuenta de forma prioritaria”¹⁵⁶, o de que “la fase de desarrollo de la adolescencia está sujeta a un especial principio de protección, de modo que precisamente exige un tratamiento desigual a favor del adolescente”¹⁵⁷. Cumplidos estos límites mínimos de tiempo de ejecución, la suspensión del resto de la pena a prueba se aplica, de acuerdo con el § 88 de la JGG., cuando esta medida “puede ser justificada en atención al desarrollo del adolescente, teniendo en cuenta también los intereses de seguridad de la colectividad”. Con todo, en la práctica se aprecia cierta tendencia de los tribunales a exigir 2/3 de cumplimiento (supuestamente por razones retributivas), tratando en la práctica a los adolescentes como a los adultos (si se atiende al peso relativo que se da a los intereses retributivos y a los preventivo-especial positivos), lo que precisamente ha sido criticado por la doctrina que destaca cómo la menor culpabilidad del adolescente, o la necesidad de extremar los resguardos preventivo-especiales en su favor, justifican que la suspensión del resto de la pena de la JGG. se conceda, en principio, cumplido sólo 1/3 de la pena¹⁵⁸. Esta prioridad de la prevención especial positiva a la hora de conceder una puesta en libertad anticipada, ha sido enfatizada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Bundesverfassungsgericht, en adelante, BVerfG), al establecer que, entre el fin de integrar socialmente al adolescente y el fin de proteger a la sociedad de futuros delitos, no hay una situación de igualdad sino de jerarquía y subordinación, y que la protección de la sociedad de la

¹⁵⁵ Véase, con mayor detalle: COUSO, J., *Sustitución*, cit. (n. 4), pp. 273 ss., 303 ss.

¹⁵⁶ EISENBERG, U., *Jugendgerichtsgesetz*, cit. (n. 72), § 88 número marginal 9b.

¹⁵⁷ ALBRECHT, P.-A., *Jugendstrafrecht*, cit. (n. 40), p. 269.

¹⁵⁸ Véase, con mayor detalle: COUSO, J., *Sustitución*, cit. (n. 4), pp. 303-306.

comisión de futuros delitos sólo puede ser alcanzada legítimamente a través de la integración social del adolescente¹⁵⁹.

En España, el artículo 13 de la LORRPM. entrega al Juez competente para la ejecución la facultad de dejar sin efecto, reducir la duración o sustituir la medida impuesta, cuando ello “*redunde en el interés del menor*”, criterio que bien podría leerse en términos de conveniencia preventivo-especial positiva, lo que es un fundamento de toda la ley. Esta facultad, con todo, está sujeta a ciertas limitaciones, fundadas en consideraciones retributivas o de necesidad preventivo-general, en el caso de delitos graves cometidos por menores que tuviesen dieciséis o diecisiete años: si la medida es de internamiento y “*el hecho reviste extrema gravedad*”, debe a lo menos haber cumplido un año; y si la medida de internamiento se impuso por uno de los supuestos que el legislador considera más graves, es necesario que el menor haya cumplido al menos la mitad de la medida de internamiento impuesto¹⁶⁰.

En Costa Rica, el artículo 136 de la LJPJ. permite al juez de ejecución modificar las sanciones o “*sustituirlas por otras menos gravosas, cuando no cumplan con los objetivos para los que fueron impuestas o por ser contrarias al proceso de reinserción social del menor de edad*”. Las condiciones para el ejercicio de esta facultad se regulan en el artículo 136 letra e), de la *Ley de Ejecución Penal Juvenil*, conforme al cual “[e]l Juez de Ejecución estará obligado a revisar las sanciones al menos una vez cada seis meses, y puede modificarlas o sustituirlas por otras menos gravosas ante la eventualidad de que no cumplan con sus objetivos o resulten contrarias al proceso de reinserción y resocialización de la persona menor de edad sentenciada”. A su vez, el artículo 31 de la misma ley establece la facultad judicial de “*decretar la libertad condicional como reconocimiento para la persona joven condenada a una pena privativa de libertad por más de un año, que [...] haya demostrado que se encuentra apto*

¹⁵⁹ En su sentencia de fecha 31 de mayo de 2006. Véase, con detalles: COUSO, J., *Sustitución*, cit. (n. 4), pp. 284 ss. Con todo, en alguna medida puede dudarse de la consistencia de la doctrina de *BVerfG* en esta materia, después de su decisión de 10 de marzo de 2010, en la que declaró conforme a la Constitución la ley que introdujo en la JGG. la “custodia de seguridad posterior a la ejecución” (“*nachträgliche Sicherungsverwahrung*”), que permite, una vez cumplida una pena juvenil de más de 7 años de duración, impuesta por graves delitos en contra de la vida, la integridad corporal o la autodeterminación sexual, o por robos agravados, confinar al autor en un establecimiento de custodia de seguridad por tiempo indeterminado, cuando se den circunstancias de hecho que fundamenten una alta peligrosidad del condenado para la colectividad, de la que se desprenda a su vez una elevada probabilidad de que reitere delitos de esa naturaleza; véase, al respecto, COUSO, J., *Sustitución*, cit. (n. 4), p. 275 y n. 10

¹⁶⁰ ORNOSA FERNÁNDEZ, María del Rosario, *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 [...]* (4^a edición, Barcelona, Bosch, 2007), pp. 251-252.

*para seguir una vida respetuosa de la ley*¹⁶¹. En el caso de esta legislación, a diferencia del caso alemán y español, no se establece como exigencia (salvo por lo que podría desprenderse de la referencia a la frecuencia de la revisión, cada seis meses) el previo cumplimiento de un tiempo o fracción de pena mínimos, para asegurar un cierto efecto preventivo-general (o retributivo). Tampoco se cuenta con referencias doctrinarias sobre la necesidad de tener en cuenta tales mínimos a nivel de las decisiones judiciales. Pero a nivel de la doctrina se admite que en la fase de ejecución –como en la fase de fijación de sanciones– hay una “*relación conflictiva de intereses*”, que adquiere “*una relevancia también de primer orden*”¹⁶²). Estos intereses en conflicto son precisamente la prevención especial positiva (que es el interés fundamental, como se desprende de la primacía del principio educativo), por un lado, y –con “*carácter secundario*” – “*otros criterios preventivos*”¹⁶³, especialmente la prevención general¹⁶⁴, por el otro lado.¹⁶⁵

h) Proscripción de las justificaciones meramente incapacitadoras en la individualización judicial de las sanciones. Del principio de especial orientación del Derecho penal de adolescentes a la prevención especial positiva se deriva el estándar que proscribía fundamentar las sanciones de adolescentes en la pura finalidad incapacitadora, sea en el momento de su individualización judicial, sea en el de la revisión de su ejecución, para efectos de su sustitución o término anticipado. En efecto, si se tiene en cuenta la afirmación empírica acerca del carácter criminógeno de la ejecución de las penas privativas de libertad (véase II), la proscripción de la pena puramente incapacitadora se desprende, ya en primer lugar, por consideraciones utilitaristas de tipo preventivo. Pero también alguna consideración normativa, de principio, juega en contra de perseguir la prevención delictiva, respecto de adolescentes, mediante el simple expediente de encerrarlos, sacándolos de circulación, para que no delincan (fuera de la cárcel).

También se hizo mención, más arriba, a la doctrina del BVerfG alemán, conforme a la cual, la protección de la sociedad de la comisión de futuros

¹⁶¹ Véase: ESTRADA, F. J., *La sustitución*, pp. 550 ss..

¹⁶² TIFFER, Carlos - LLOBET, Javier - DÜNKEL, Frieder, *Conclusiones*, ahora, en LOS MISMOS, *Derecho penal juvenil* (San José, Costa Rica, DAAD, 2002), p. 629.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 639.

¹⁶⁴ Véanse las referencias a la prevención general en la doctrina de Costa Rica, en COUSO, J., *Límites*, cit. (n. 4), p. 184.

¹⁶⁵ Véase, sin embargo, la interpretación del Ministerio Público de Costa Rica sobre los criterios que en Costa Rica deben presidir las decisiones de modificación o sustitución de sanciones, distinta de la aquí expuesta, en COUSO, J., *Sustitución*, cit. (n. 4), p. 307 y n. 31

delitos sólo puede ser alcanzada legítimamente a través de la integración social del adolescente, por lo que aquella finalidad no puede servir de pretexto para mantener al adolescente encerrado, sin acceso a las oportunidades ofrecidas por la ley para ser liberado de forma anticipada, sino que justamente debe procurar alcanzarse mediante los dispositivos legales que promueven la inserción social del mismo (prevención especial positiva).¹⁶⁶ A nivel de la doctrina, en Alemania, Strobel ha argumentado convincentemente que la “*pena educativa*” alemana, si bien atiende a la peligrosidad del sujeto, lo hace para procurar su educación y no su inoquización, de modo que el fin de aseguramiento de la sociedad, a través de la inoquización del infractor peligroso, va contra el principio educativo (o la idea de inserción social), y es fácticamente autofrustrante, atendidos los relativamente breves períodos de privación de libertad que pueden lograrse en el Derecho penal juvenil (es decir, se paga un potencial efecto desocializador y criminógeno permanente a cambio de un período fuera de circulación demasiado breve)¹⁶⁷.

La prioridad por la prevención especial positiva, y la distancia respecto de fundamentaciones incapacitadoras también se aprecia a nivel de los instrumentos internacionales: más arriba se citó el comentario oficial de la Regla 28.1 de las “Reglas de Beijing”, conforme al cual “*siempre que sea posible podrá concederse la libertad condicional, incluso a delincuentes que se consideraron peligrosos en el momento de su confinamiento*”¹⁶⁸. Por lo demás, como advierte la doctrina alemana, el conocimiento disponible sobre el adolescente (y sobre su supuesta peligrosidad) durante la ejecución penitenciaria, tiene escasa fuerza predictora para el período posterior a la ejecución¹⁶⁹.

En Costa Rica, Tiffer también destaca, a propósito de la facultad judicial de modificar o sustituir sanciones privativas de libertad, que su ejercicio o no ejercicio debe ser función de las necesidades de inserción social del adolescente (y no, por tanto, de algún objetivo de mera incapacitación), de modo que una sanción inconducente para ese fin debe ser modificada¹⁷⁰.

BIBLIOGRAFÍA

ALBRECHT, Hans-Jörg, *Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? Gutachten D zum 64. Deutschen Juristentag* (Berlín, Verlag C.H. Beck, 2002).

¹⁶⁶ Véase la n. 159; y COUSO, J., *Sustitución*, cit. (n. 4), pp. 284 ss.

¹⁶⁷ STROBEL, S., *Verhängung*, cit. (n. 100), pp. 82-89, 132-134, 157-158.

¹⁶⁸ *Reglas de Beijing*, cit. (n. 13).

¹⁶⁹ Véanse las referencias en: COUSO, J., *Sustitución*, cit. (n. 4), p. 328.

¹⁷⁰ TIFFER, C., *Ley*, cit. (n. 81), p. 437.

- ALBRECHT, Peter-Alexis, *Jugendstrafrecht* (3ª edición, Munich, Beck, 2000).
- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte* (Baden-Baden, Suhrkamp, 1994).
- BERRÍOS, Gonzalo, *La Ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas*, en *Política Criminal*, 6 (2011) 11.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel, *El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho Penal de los Menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre*, ahora, en BARREIRO, Jorge Agustín - FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (editores), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿qué hacer con los menores delincuentes?* (Barcelona, Atelier, 2007).
- BURSCHEIDT, Ulrike, *Das Verbot der Schlechterstellung Jugendlicher und Heranwachsender gegenüber Erwachsenen in vergleichbarer Verfahrenslage* (Baden-Baden, Nomos, 2000).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho penal del niño-adolescente (Estudio de la Ley de responsabilidad penal del adolescente)* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho penal de menores: por un derecho penal del menor*, ahora, en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (director), *Un Derecho penal del menor* (Santiago, ConoSur, 1992).
- CANO PAÑO, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España* (Barcelona, Atelier, 2006).
- CARNEVALI, Raúl - KÄLLMAN, Eva, *La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal*, en *Política Criminal*, 4 (2007) 1 [<http://www.politicacriminal.cl>].
- CILLERO Miguel, *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia en Chile, ahora*, en PILOTTI Francisco (coordinador), *Infancia en riesgo y políticas sociales en Chile* (Montevideo, Ediciones Instituto Interamericano del Niño, 1994).
- CILLERO, Miguel y otros, *Niños y adolescentes. Sus derechos en nuestro Derecho* (Santiago, Servicio Nacional de Menores, 1995).
- CILLERO, Miguel, *El tratamiento de la criminalidad violenta grave en el derecho penal juvenil* (tesis doctoral inédita, Universidad Pablo de Olavide, mayo de 2010).
- CILLERO, Miguel, *Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes: consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad de la sanción*, ahora, en AA. VV., *Estudios de Derecho penal juvenil* (Santiago, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, 2009), I.
- Coalition for Evidence-based Policy, *Social Programs that Work*, (disponible en: http://evidencebasedprograms.org/wordpress/?page_id=43).
- COUSO, Jaime, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad: Historia, teoría y metodología* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2006).
- COUSO, Jaime, *La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084*, en AA. VV., *Estudios de Derecho penal juvenil* (Santiago, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, 2009), I.
- COUSO, Jaime, *La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho penal*, ahora, en ALEGRE, Marcelo (editor), *Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. SELA 2009* (Buenos Aires, Librería, 2010).
- COUSO, Jaime, *Límites a la imposición de sanciones privativas de libertad en el artículo 26 de la Ley de responsabilidad penal del adolescente*, ahora, en AA. VV., *Estudios de derecho penal juvenil* (Santiago, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, 2009), I.

- COUSO, Jaime, *Notas para un estudio sobre la especialidad del Derecho penal y procesal penal de adolescentes: el caso de la ley chilena*, en *Justicia y Derechos del Niño*, 10 (Unicef, 2008).
- COUSO, Jaime, *Principio educativo y (re)socialización en el Derecho penal juvenil*, en *Justicia y Derechos del Niño*, 9 (Unicef, 2007); VALENZUELA, Jonathan, *La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 11 (2009).
- COUSO, Jaime, *Sistemas de justicia penal juvenil y políticas de prevención*, en *Derecho penal mínimo. Revista de Análisis Jurídico Penal*, 5 (México, 2011).
- COUSO, Jaime, *Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial*, ahora, en AA. VV., *Estudios de Derecho Penal Juvenil* (Santiago, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, 2011), II.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención general en el Derecho penal de Menores* (Madrid, Marcial Pons, 2006).
- CHAN, Gustavo, *Adultocentrismo y Culpabilidad Penal Juvenil* (San José, Costa Rica, IJSA, 2007).
- Directrices de las Naciones Unidas, para la Prevención de la Delincuencia Juvenil* ("Directrices de Riad"), Resolución N° 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990, 68ª sesión plenaria.
- DUCE, Mauricio - COUSO, Jaime, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el Derecho comparado* (artículo recibido en *Política Criminal*, para evaluación).
- DUCE, Mauricio, *El Derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el nuevo proceso penal juvenil chileno*, en *Política criminal*, 5 (2010) 10.
- EISENBERG, Ulrich *Jugendgerichtsgesetz* (11ª edición, Munich, C.H. Beck, 2006).
- ESTRADA, Francisco J., *La sustitución de pena en el Derecho penal juvenil chileno*, en *Revista Chilena de Derecho*, 38 (2011) 2.
- FAGAN, Jeffrey - KUPCHIK, Aaron, *Juvenile Incarceration and the Pains of Imprisonment*, en 30 *Duke Forum for Law & Social Change*, 30 (2011) 3:29.
- FARRINGTON, David, *Age and Crime*, en *Crime and Justice* Vol. 7 (1986).
- FELD, Barry, *Bad Kids* (New York - Oxford, Oxford University Press, 1999).
- GUNNAR BENBURG, Jón, *Labeling Theory*, ahora, en KROHN, Marvin - LIZOTTE, Alan - HALL, Gina (editores), *Handbook on Crime and Deviance* (Dordrecht-Heidelberg-Londres-Nueva York, Springer, 2009).
- HERNÁNDEZ, Héctor, *El nuevo Derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su "teoría del delito"*, en *Revista de Derecho*, 20 (Valdivia, 2007) 2.
- HORVITZ, María Inés, *Determinación de las sanciones en la Ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 7 (2006).
- ISSA EL KHOURY, Henry, *El derecho sustantivo en la Ley de Justicia Pernal Juvenil Costarricense*, ahora en GONZÁLEZ, Mauricio - TIFFER, Carlos (coordinadores), *De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica* (San José, Costa Rica, Unicef, 2000).
- KALB, Guyonne - WILLIAMS, Jenny, *The Relationship between Juvenile and Adult Crime* (Melbourne Institute Working Paper No. 4/2002, University of Melbourne, disponible en: <http://melbourneinstitute.com/wp/wp2002n04.pdf>).

- KEISER, Claudia, *Jugendliche Täter als strafrechtlich Erwachsene? Das Phänomen der "Adulteration" im Lichte internationaler Menschenrechte*, en *ZStW*, 120 (2008) 1.
- KOTLIARENKO, María Angélica, *Estudio psicológico acerca de la edad de responsabilidad penal* (Informe de Consultoría para Unicef-Chile, inédito, Abril de 1998).
- LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, *Minoría de edad penal y estructura del delito: especial referencia a la imputabilidad*, ahora, en VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos - SERRANO TÁRRAGA, María Dolores (coordinadores), *Derecho penal juvenil: (LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, adaptada a las LO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003 y al Reglamento de 30 de julio de 2004)* (Madrid, Dyckinson, 2005).
- LATIMER, Jeff - DOWDEN, Graig - MUISE, Danielle, *The Effectiveness of Restorative Justice Practices: a Meta-analysis*, en *The Prison Journal*, 85 (Junio de 2005) 2 (disponible en: http://www.d.umn.edu/~jmaahs/Correctional%20Assessment/rj_meta%20analysis.pdf).
- LIPSEY, Mark - WILSON, David, *Effective Intervention for Serious Juvenile Offenders* (originalmente publicado en 1998, actualmente disponible en <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojdp/181201.pdf>).
- LLOBET, Javier, *La sanción penal juvenil*, ahora en GONZÁLEZ, Mauricio - TIFFER, Carlos (coordinadores), *De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica* (San José, Costa Rica, Unicef, 2000).
- LLOBET, Javier, *Principios de la fijación de la sanción penal juvenil*, ahora, en LLOBET, J., TIFFER C. - DÜNKEL, F., *Derecho penal juvenil*, (San José de Costa Rica, DAAD, 2002).
- MALDONADO, Francisco, *La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescente. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado*, en *Justicia y Derechos del Niño*, 6 (Unicef, 2004).
- MEDINA, Gonzalo, *Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente*, ahora, en AA. VV., *Estudios de Derecho penal juvenil* (Santiago, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, 2009), I.
- NAVARRO FRÍAS, Irene, *El necesario regreso del principio de culpabilidad al Derecho penal de menores*, ahora, en SOLA RECHE, Esteban y otros, *Derecho penal y psicología del menor* (Granada, Comares, 2007).
- "Observación General" N° 10 (2007): "Los derechos del niño en la justicia de menores", del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, disponible en: www2.obchr.org/english/bodies/crc/docs/GC10_sp.doc [consultado el 19 de septiembre de 2011].
- ORNOSA FERNÁNDEZ, María del Rosario, *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 [...]* (4ª edición, Barcelona, Bosch, 2007).
- PEREPLITCHIKOVA, Francheska - TREAT, Teresa - KAZDIN, Alan, *Treatment Integrity in Psychotherapy Research: Analysis of the Studies and Examination of the Associated Factors*, en *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 75 (2007) 6.
- PLATT, Anthony, *Los "Salvadores del Niño" o la invención de la delincuencia* (traducción castellano, México D.F. - Buenos Aires, Madrid, Siglo XXI, 1982).
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* ("Reglas de Beijing"), adoptadas por la Asamblea General en su resolución N° 40/33, de 28 de noviembre de 1985.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de*

libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución N° 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

- “*Restorative Justice and Crime Prevention*”; véase: Ministerio de Justicia de Italia, *Restorative Justice and Crime Prevention. Presenting a theoretical exploration, an empirical analysis and the policy perspective* (Abril de 2010, disponible en <http://www.euforumrj.org/Projects/Restorative%20Justice%20and%20Crime%20Prevention%20Final%20report.pdf>).
- ROSADO, Lourdes, *Kids are Different: How Knowledge of Adolescent Development Theory Can Aid Decision Making in Court* (American Bar Association Juvenile Justice Center - Youth Law Center, 2000).
- SCOTT, Elisabeth, *Criminal Responsibility in Adolescence: Lessons from Developmental Psychology*, en GRISSE, Thomas - SCHWARTZ, Robert, *Youth on Trial. A developmental Perspective on Juvenile Justice* (Chicago - Londres, The University of Chicago Press, 2000).
- SIEGEL, Larry - WELSH, Brandon, *Juvenile Delinquency. The Core* (3^a edición, Belmont, Thomson Wadsworth, 2008).
- SIEGEL, Larry, *Introduction to Criminal Justice* (12^a edición, Belmont, California, Wadsworth, 2010).
- STROBEL, Sonia, *Verhängung und Bemessung der Jugendstrafe – Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Strafzwecke* (Aachen, Shaker Verlag, 2006).
- TAMARIT SUMALLA, Josep Ma. *Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores*, ahora, en GONZÁLEZ CUSSAC - TAMARIT SUMALLA (editores), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2002).
- TIFFER, Carlos - LLOBET, Javier - DÜNKEL, Frieder, *Conclusiones*, ahora, en LOS MISMOS, *Derecho penal juvenil* (San José, Cista Rica, DAAD, 2002).
- TIFFER, Carlos, *Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung von Costa Rica* (Mönchengladbach, Forum Verlag Godesberg, 2000).
- TIFFER, Carlos, *Ley de Justicia juvenil* (3^a Edición, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2011).
- TRÖNDLE, Herbert - FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (53^a edición, Munich, Verlag C.H. Beck, 2006).
- VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social (Social Development Theories)*, *Revista de Derecho*, 14 (Valdivia, julio de 2003).
- ZIEGER, Matthias, *Verteidigung in Jugendstrafsachen*, (4^a edición revisada y actualizada, Heidelberg, C.F. Müller, 2002).
- ZIMRING, Franklin, *Kids, Groups and Crime: Some Implications of a Well-Known Secret*, en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 72 (Autumn, 1981) 3.
- ZIMRING, Franklin, *Penal Proportionality for the Young Offender: Notes on Immaturity, Capacity and Diminished Responsibility*, en GRISSE, Thomas - SCHWARTZ, Robert, *Youth on Trial. A developmental Perspective on Juvenile Justice*, (Chicago - Londres The University of Chicago Press, 2000).
- ZIMRING, Franklin, *The Common Thread: Diversion in the Jurisprudence of Juvenile Courts*, ahora, en ROSENHEIM, Margaret K. y otros (editores), *A Century of Juvenile Justice* (Chicago-Londres, University of Chicago Press, 2002).