

LAS SANCIONES EN EL DERECHO PENAL DE MENORES. UNA COMPARACIÓN DE LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD BAJO LA LUZ DE LA INVESTIGACION CRIMINOLÓGICA *

Hans-Jörg ALBRECHT

SUMARIO: I. *Introducción: La crítica al derecho penal de menores y a la pena correccional.* II. *Tendencias internacionales en la política criminal de menores.* III. *Hipótesis político-criminales con motivo de las medidas privativas de libertad, en particular la ejecución de penas, respecto de delincuentes juveniles.* IV. *Problemas metodológicos de una comparación de medidas privativas de libertad y no privativas de libertad dentro del derecho penal de menores.* V. *Investigaciones acerca de la prevención especial.* VI. *Hallazgos acerca de la prevención general.* VII. *Perspectivas de futuro y resumen.*

I. INTRODUCCIÓN: LA CRÍTICA AL DERECHO PENAL DE MENORES Y A LA PENA CORRECCIONAL

Puede observarse a nivel internacional un malestar de gran alcance frente a la imposición y ejecución de sanciones privativas de libertad respecto de menores. Por lo demás, la crítica a la respuesta jurídico-penal frente al mal comportamiento juvenil o la criminalidad de menores se remonta mucho en el tiempo.¹ Esta crítica comienza de forma muy general con la verificación de que el sistema de tribunales tutelares de menores y el derecho penal de menores no hayan podido cumplir su legitimador cometido educativo. Antes bien, con las intervenciones caracterizadas como “adecuadas para los jóvenes”, no sólo

* Traducción de Beatriz de la Gándara, de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ Cfr., Franz von Liszt: *Die Kriminalität der Jugendlichen. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (La criminalidad de los jóvenes. Artículos y conferencias jurídico-penales)*, Berlin, vol. II, 1905.

se ha fomentado el etiquetamiento y la estigmatización de los autores juveniles de delitos, sino que al mismo tiempo una aplicación selectiva del derecho criminal de menores posibilita la concentración de intervenciones estatales sobre un grupo socialmente desventajado de delincentes juveniles y profundiza su marginalidad social en lugar de remediarla. Acto seguido, la crítica se concentra, ante todo, sobre las medidas privativas de libertad; es decir, ante todo sobre la reclusión en hogares de régimen cerrado y, en particular, sobre la pena correccional o ejecución de penas respecto de menores o cárcel de menores. De ello resultan las peticiones formuladas desde los años setenta a favor de una reorientación del derecho criminal de menores. Conforme a esto, la desinstitucionalización, descriminalización, diversión y el principio de un juicio justo deben hallar una consideración más intensa.² No obstante, debe tenerse en cuenta que en ninguna parte se han hecho prevalecer las exigencias radicales a favor de una total no-intervención respecto de la criminalidad de menores ni las exigencias radicales de una completa abolición de las cárceles de menores o de otra reclusión segura de determinados delincentes juveniles.³

II. TENDENCIAS INTERNACIONALES EN LA POLÍTICA CRIMINAL DE MENORES

Probablemente es innecesario aseverar que todos los Estados deseen emplear medidas privativas de libertad respecto de delincentes juveniles, lo mismo que respecto de adultos, sólo como *ultima ratio*. Naturalmente esto no impide que, con la misma argumentación, se deriven de la aplicación práctica del principio consecuencias completamente diversas. En ello se hace perceptible la inseguridad acerca de

² Resumiendo a Klein, M.W. (ed.), *Western systems of juvenile justice (Sistemas occidentales de justicia juvenil)*, Beverly Hills, London, New Delhi. 1984.

³ Esto es también aplicable a Massachusetts; *cfr.*, a este respecto, Massachusetts Advocacy Center, *Delinquent justice: juvenile detention practice in Massachusetts (La justicia criminal: la praxis respecto de la detención de menores en Massachusetts)*, Boston, 1980; Calhoun, J.A., "Massachusetts outline portrait of a deinstitutionalized youth service system" ("Massachusetts - esbozo de un sistema de servicio a la juventud desinstitucionalizado"), en Kerner, H.-J. (ed.), *Gefährlich oder gefährdet? Eine internationale Diskussion zur Sanktionierung, Behandlung und gescherten Unterbringung von schwer oder wiederholt delinquenten Jugendlichen (¿Peligroso o en peligro? Una discusión internacional acerca de la sanción, el tratamiento y la reclusión con garantías de delincentes juveniles reincidentes o que hayan cometido delitos graves)*, Heidelberg, 1983, pp. 337-344.

cómo, con qué intensidad y, no en último lugar, con qué motivación, debe responderse a los delitos de menores. Probablemente, como pronóstico sobre el derecho criminal de menores, hoy sólo puede decirse que:

La orientación futura de la justicia criminal de menores podría evolucionar en conjunto hacia un equilibrio inestable entre el modelo de asistencia social, por un lado, y el modelo jurídico-penal, por otro.⁴ Así y todo, algunas líneas de política criminal de menores son ya identificables. A ellas pertenece sin duda lo siguiente:

1) El modelo de tratamiento, particularmente en cuanto se asoció con la ejecución de penas respecto de menores así como con otras medidas privativas de libertad, ha perdido mucho de su poder de persuasión y se le hizo retroceder en parte. Indicios de ello pueden deducirse del hecho de que, en los últimos diez años, ante todo los países escandinavos y angloamericanos han renunciado en lo esencial a la pena correccional indeterminada, sintonizada únicamente al logro de un objetivo de tratamiento o educación (a modo de ejemplo, en el año 1982 fue abolida en Inglaterra la pena correccional indeterminada en la forma de la reclusión en los "Borstal").⁵ Finalmente, puede observarse que las penas mínimas en la pena correccional, esencialmente fundamentadas desde la idea del tratamiento o de la educación, tendencialmente son abandonadas por lo general a favor de la privación de libertad a corto plazo. De esta manera, el nuevo derecho penal de menores inglés ahora prevé dos formas de privación de libertad para menores: la privación de libertad a corto plazo de hasta cuatro meses y la pena correccional (*youth custody*) de entre cuatro y doce meses.⁶

2) El retroceso del derecho penal de menores respecto del grupo de los jóvenes y la limitación en la imposición de medidas privativas de libertad a los delitos graves pueden ser considerados como importantes tendencias adicionales de evolución, las cuales están ligadas al mismo tiempo con un aumento de la aplicación de medidas de asistencia social para menores.⁷

3) No obstante, a ello hay que añadir la posibilidad, en todo caso parcialmente y en distintas formas, de permitir, ante todo, el enjuici-

⁴ Klein, M.W. (ed.), *op. cit.*, *supra* nota 2.

⁵ Farrington, D.P., "England and Wales" ("Inglaterra y Gales"), en Klein, M.W. (ed.), *op. cit.*, *supra* nota 2, pp. 71-96.

⁶ Samuels, A., "Youth custody: Sentencing principles" ("La custodia de menores: principios para sentenciar"), *Justice of the Peace*, núm. 148, 1984, pp. 295 y ss.

⁷ Como ejemplo de ello pueden invocarse los países escandinavos y, ante todo, Suiza.

ciamiento de delitos graves cometidos por menores a través de los tribunales para adultos, según el derecho penal aplicable a los mismos.⁸

4) Finalmente, debe destacarse que, a pesar de la crítica hecha al "modelo de asistencia pública" o "modelo de educación" del sistema de derecho penal de menores, de ello no se ha generado ninguna alternativa práctica y políticamente convincente. Es cierto que el afán en favor de unos standards juridico-estatales en el derecho penal de menores comparables al procedimiento penal para adultos ha traído a nivel internacional una asimilación al procedimiento penal general. Sin embargo, eso no cambia nada en la delimitación por principio del derecho penal de menores ante el sistema sancionador del derecho penal para adultos ni en su legitimación, la cual parte de la idea de que los jóvenes necesitan, si no ya una educación o reeducación estatal, sí, sin embargo, el apoyo y la asistencia sociales. Es probable que sólo una orientación semejante del derecho criminal de menores sea compatible con la posición general de los adolescentes —dado el caso, también de aquéllos a punto de convertirse en adultos— en nuestra sociedad. Un camino de acceso a niños y adolescentes distinto del educativo, por lo demás, tampoco se justifica a través de la recientemente diagnosticada "desaparición de la infancia".⁹ Los procesos con ella descritos probablemente significan que la situación de los niños y adolescentes experimenta un fuerte cambio en las modernas sociedades industriales con otras formas de comunicación y una gran movilidad social y técnica, pero no ofrecen razón alguna para suprimir de nuestras sociedades una diferenciación dependiente del desarrollo y de la edad.

En la República Federal Alemana el debate sobre el catálogo de medidas del derecho penal de menores se ha concentrado durante los años ochenta sobre las posibilidades de restringir las medidas privativas de libertad, particularmente la pena correccional, respecto de los delinquentes juveniles y, frente a ello, de emplear de forma más intensa medidas ambulatorias; es decir, por ejemplo, medidas de diversión como suspensión del proceso penal o cursos de entrenamiento (*training*) social o trabajo de interés social y asistencia general de tipo pedagógico-social.¹⁰ Más allá van las peticiones de renunciar total-

⁸ Esta posibilidad existe en Suecia, Holanda e Inglaterra, así como en casi todos los estados de los EE.UU.

⁹ Cfr., a este respecto, Postman, N., *The disappearance of childhood (La desaparición de la infancia)*, New York, 1982.

¹⁰ Bundesministerium der Justiz (ed.), *Neue ambulante Maßnahmen nach dem*

mente a las penas correccionales privativas de libertad respecto de delinquentes adolescentes (14-17 años) o de prescindir, al menos, de la pena correccional respecto de jóvenes entre los 14 y los 15 años.¹¹ Si bien las ideas recién mencionadas no han podido imponerse en los últimos proyectos de nueva Ley de Tribunales Tutelares de Menores, en todo caso, de estos proyectos y sus motivaciones puede deducirse la disposición de recurrir más intensamente a medidas ambulatorias como las ya mencionadas.¹²

Jugendgerichtsgesetz (Nuevas medidas ambulatorias según la Ley de Tribunales Tutelares de Menores), Bonn, 1986; Kaiser, G., "Möglichkeiten der Entkriminalisierung nach dem Jugendgerichtsgesetz im Vergleich zum Ausland" ("Posibilidades de descriminalización según la Ley de Tribunales Tutelares de Menores en comparación con el extranjero"), en Brusten, M. (et. al.), *Entkriminalisierung (Descriminalización)*, Opladen, 1985, pp. 159-189; Kaiser, G., "Entkriminalisierende Möglichkeiten des jugendstrafrechtlichen Sanktionenrechts und ihre Ausschöpfung in der Praxis" ("Posibilidades de descriminalización del derecho de sanciones juridicopenales para menores y su agotamiento en la práctica"), *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, núm. 2, 1982, pp. 102-107; Busch, M., y G. Hartmann, *Soziale Trainingskurse im Rahmen des Jugendgerichtsgesetzes (Cursos de "training" social dentro del marco de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores)*, Bonn, 1983; Pfeiffer, Ch., *Kriminalitätsprävention im Jugendstrafverfahren (La prevención de la criminalidad dentro del proceso penal para menores)*, Köln, 1983; Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, "Neue Bewältigungsformen von Jugenddelinquenz. —Diversión im Jugendstrafverfahren—" ("Nuevas formas de vencer la delincuencia juvenil. —La diversión dentro del proceso penal para menores—"), *Drucks*, 11/5530 de 17 de diciembre de 1985.

¹¹ Cfr., a este respecto, por un lado, Arbeiterwohlfahrt Bundesverband e.V. (ed.), *Vorschläge für ein erweitertes Jugendhilferecht, Denschrift der Arbeiterwohlfahrt zur Reformvereinheitlichung von Jugendwohlfahrtsgesetz und Jugendstrafgesetz (Propuestas a favor de un derecho de asistencia a la juventud amplia. Memoria de la asistencia social a los trabajadores acerca de una reforma que unifique la Ley de Asistencia Social a la Juventud y la Ley Penal para Menores)*, Bonn, 1970; Papendorf, K., K. F. Schumann y M. Voß, *Kritik der Jugendstrafvollzugsreform (Crítica a la reforma de la ejecución de penas respecto de menores)*, Bremen, 1980; Albrecht, P.-A., y H. Schüler-Springorum (eds.), *Jugendstrafe an 14- und 15jährigen. Strukturen und Probleme (Las penas para menores aplicadas a jóvenes de catorce y quince años de edad. Estructuras y problemas)*, München, 1983.

¹² Cfr., Dünkel, F., "Situation und Reform von Jugendstrafe, Jugendstrafvollzug und anderen freiheitsentziehenden Sanktionen gegenüber jugendlichen Rechtsbrechern in der Bundesrepublik Deutschland" ("Estado de la cuestión y reforma de las penas para menores, la ejecución de penas respecto de jóvenes y otras sanciones privativas de libertad frente a infractores juveniles del derecho en la República Federal Alemana"), en Dünkel, F., y K. Meyer (eds.), *Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug. Stationäre Maßnahmen der Jugendkriminalrechtspflege im internationalen Vergleich (Las penas para menores y su ejecución. Las medidas estacionarias de la justicia penal de menores dentro de una comparación a nivel internacional)*, parte I, Freiburg, 1985, pp. 49-256, pp. 178 y ss.; Referentenentwurf, *Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1. JGGAndG)*. (Primera Ley de Modificación de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores), Estado en julio de 1987.

En el Proyecto de Modificación de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores se propuso en particular:

1) Prescribir de forma obligatoria el sobreseimiento por la Fiscalía del procedimiento penal incoado contra un menor si el fiscal considerase que una decisión judicial sería inútil porque ya haya tenido lugar una reacción educativa (por ejemplo, a través de los padres) o porque se haya producido una admonición por parte del fiscal mismo;

2) Ampliar el catálogo de instrucciones y medios correctivos por medio de la instrucción de colocarse bajo la vigilancia y dirección de una determinada persona (por ejemplo un asistente social), la instrucción de participar en un curso de *training* social y la orden de prestar trabajo de interés general;

3) Ampliar los presupuestos para la suspensión de una pena aplicable a menores de entre uno y dos años de duración, y

4) Restringir a delitos especialmente graves la disposición de la prisión preventiva respecto de menores de catorce y quince años.

III. HIPÓTESIS POLÍTICO-CRIMINALES CON MOTIVO DE LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD, EN PARTICULAR LA EJECUCIÓN DE PENAS, RESPECTO DE DELINCUENTES JUVENILES

En la comparación de las medidas privativas de libertad y ambulatorias (no privativas de libertad), ocupa un puesto relevante la pregunta acerca de su respectiva capacidad de prevención individual y general.

Según la pretensión expresada, con ello se trata de suposiciones, en principio empíricamente comprobables, que se asocian con las medidas privativas de libertad respecto de menores. Su poder de persuasión se alimenta en lo esencial de la pretensión consistente en reproducir de forma realista regularidades empíricas. Están derivadas, según la pretensión expresada, de la hipótesis central sobre la que se basan el derecho de menores y el derecho penal juvenil en su conjunto.

El desarrollo de un derecho o derecho penal especial para los jóvenes se basa sobre una orientación filosófica que quiere ver liberado de malos tratos, abandono, explotación y castigos severos también el trato jurídicamente conformado con niños y jóvenes. Esta orientación sitúa la necesidad de educación y la protección en primer plano. En esto desempeñan un papel esencial las siguientes convicciones:

a) La opinión de que los niños y jóvenes se diferencian profundamente de los adultos y de que las dependencias "naturales" de los niños y jóvenes crean una particular necesidad de protección;

b) La suposición de que los niños y jóvenes son más moldeables que los adultos y por esta razón más impresionables frente a intervenciones destinadas a ofrecerles ayuda, y

c) La suposición de que los problemas surgidos durante el transcurso de la infancia y adolescencia traen consigo un efecto duradero y marcante y de que las intervenciones son tanto más útiles, cuanto antes tengan lugar, y deben ser tanto más intensivas, cuanto más grave se presente el problema.

A este modelo responde la Ley de Tribunales Tutelares de Menores cuando adjunta a la ejecución de penas respecto de menores la función, respecto de un grupo de delincuentes juveniles estimados como particularmente necesitados de educación, de asumir cometidos educativos y de resocialización. En principio, si corresponde al principio de subsidiariedad una importancia del todo decisiva en el derecho penal de menores alemán. Las medidas educativas, los medios correctivos y las penas correccionales contenidas en el derecho penal de menores de la R.F.A., guardan entre sí una relación graduada. Correlativamente, las medidas educativas pasan por ser las intervenciones de tipo más severo, y el empleo de las medidas más severas sólo está justificado si las medidas más suaves no son igualmente adecuadas para reaccionar frente a los déficits educativos hechos patentes en el delito cometido por un joven. A este respecto, las suposiciones implícitamente contenidas acerca de la eficacia de la pena correccional y de las cárceles de menores pueden ser subdivididas de la siguiente forma:

1) En la ejecución de la pena correccional se da salida y eliminan las inclinaciones nocivas; es decir, los déficits que las motivan, los cuales son considerables como condición para la delincuencia.

2) La influencia educativa ejercida en la ejecución de penas respecto de menores conduce a una mayor integración social y a una reincidencia menor.

3) La influencia educativa necesita de un espacio de tiempo suficiente que no puede ser fijado de forma demasiado breve.

En el derecho penal de menores alemán las formas de privación de libertad a corto plazo (a ellas pertenecen las distintas formas del arresto de jóvenes —el arresto de días festivos, reducido y permanente de hasta cuatro semanas de duración—, parcialmente también, aun si no en sentido formal, la prisión preventiva) deben ser distin-

guidas de las formas más a largo plazo de privación de libertad (la pena correccional de entre seis meses y diez años). A esto se añade la medida (más limitativa de libertad) de la educación asistencial. Mientras que a las formas de privación de libertad a corto plazo se les adjunta una función intimidatoria, aclarativa de la norma y disciplinaria, por tanto la típica función de escarmiento, la imposición de penas correccionales y su duración deben orientar su esfuerzo esencial hacia la necesidad eductiva que se revela en la delincuencia de un menor.

No obstante, también el argumento de la prevención general, si bien no puede desempeñar ningún papel en la decisión acerca de qué medidas deben ser impuestas en el caso individual a autores juveniles de delitos, podría ser de una importancia no menospreciable en la política criminal de menores o práctica del derecho penal de menores. En ello naturalmente desempeñan un papel del todo esencial las consideraciones, deducidas de la teoría de la prevención general de tipo positivo, a favor de la fijación del límite inferior de la mayoría de edad penal y del límite superior de vigencia del derecho penal de menores. Mientras que hasta muy avanzados los años sesenta la cuestión de la prevención general fue en gran parte ignorada por parte de la criminología —también la criminología de menores— y de las teorías desarrolladas para explicar la criminalidad juvenil, los años setenta y ochenta permiten percibir un mayor interés en las consecuencias de tipo general preventivo de las normas sancionadoras. Al ser tematizada la comparación de las medidas privativas de libertad y no privativas de libertad en el derecho penal de menores, se perfilan en el plano de la prevención general las siguientes suposiciones que necesitan examen:

1) Un retroceso en la intensidad sancionadora conduce a una debilitación del clima normativo social y, con ello, a repercusiones negativas sobre la fidelidad a la ley de la población, lo que a su vez tendrá como consecuencia un incremento de la criminalidad, así como una disminución de la confianza en la capacidad de la justicia criminal para cumplir su función.

Desde esta perspectiva se supone, por tanto, que con la renuncia (parcial) a las medidas privativas de la libertad se debilita la vigencia de las normas penales. La llamada prevención general de tipo positivo a la que con esto se apela es por eso consecuencia de una determinación de función que liga la dimensión de la intensidad sancionadora con la dimensión de la movilizabilidad del rechazo social frente a determinados tipos de comportamiento, también dentro de los grupos de la

población afectados por las normas sancionadoras especiales del derecho penal de menores.

2) En su variante negativa, la prevención general está referida a la amenaza de sanción y a la intimidación de potenciales infractores de la norma propia de una determinada práctica sancionadora. Esta dimensión de la prevención general es la que sirve de base a la suposición de que la frecuencia en la aparición de acciones desviantes y criminales guarda una relación inversa con la probabilidad, rapidez y gravedad en la imposición de penas estatales. Pero, considerando que las conexiones aquí supuestas presuponen la existencia de un modelo de actuación basado sobre consideraciones de utilidad, el ámbito de validez de esta suposición sólo puede extenderse hasta donde se pueda esperar la aparición de una disposición racional de la actuación. De ello se sigue que sólo puede contarse con que la amenaza de sanción y los elementos que la constituyen entren en la decisión individual como factor de coste, en cuanto los hombres calculen de forma racional y ponderen las ventajas y desventajas de las distintas alternativas de actuación de que subjetivamente disponen.

IV. PROBLEMAS METODOLÓGICOS DE UNA COMPARACIÓN DE MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD DENTRO DEL DERECHO PENAL DE MENORES

Respecto de las llamadas hipótesis de prevención especial y general se trata en esencia de comprobar qué efecto tienen las formas reducidas o más duraderas de privación de libertad impuestas a delincuentes juveniles sobre el comportamiento y situación de vida ulteriores de los afectados. Puesto que la Ley de Tribunales Tutelares de Menores alemana, en relación con las alternativas de reacción del derecho penal de menores allí prevista, parte de una graduabilidad educativa de las medidas, que alcanza desde medidas relativamente suaves, las cuales intervienen sólo de forma marginal en la configuración de vida del delincuente juvenil (como, por ejemplo, las medidas educativas) hasta las medidas más severas, es decir, la pena correccional, hay que contestar la pregunta acerca de cómo valorarse comparativamente la capacidad educativa y preventiva de las distintas medidas, dogmáticamente delimitadas las unas de las otras. Sin embargo esta pregunta sólo puede ser contestada si las observaciones o experiencias respecto de delincuentes juveniles diversamente sancionados pueden ser compa-

radas las unas con las otras. En relación con la pregunta acerca del efecto o eficiencia, la cual implica una hipótesis sobre una relación de causa a efecto, se plantea el problema de bajo qué condiciones pueden ser interpretadas las relaciones entre sanción y comportamiento ulterior como relaciones de causa a efecto y, con ello, como resultado de la medida en cuestión. En este sentido, sólo es posible la afirmación de que las medidas privativas de libertad acarrearán consecuencias mejores, peores o iguales que las medidas ambulatorias, en todo caso, si:

1) Pueden ser estudiados al menos dos grupos de personas, los cuales hayan sido expuestos a sanciones distintas y

2) Puede excluirse que el comportamiento legal o social observado en los grupos comparados a lo largo de un determinado espacio de tiempo tras la imposición de la medida haya sido influenciado a través de intervenciones distintas de la sanción.

Esto significa que conclusiones acerca de la capacidad de las medidas ambulatorias o estacionarias en el sector de la justicia criminal de menores sólo son admisibles cuando grupos comparables de delinquentes juveniles hayan sido expuestos a sanciones diversas.¹³ Sin embargo, la existencia de comparabilidad sólo puede ser establecida si los jóvenes sancionados o tratados de forma diversa son expuestos a las medidas al azar, con lo cual sólo puede cuidarse de que los grupos bajo comparación no se diferencien en lo concerniente a características esenciales (por ejemplo, la carga representada por los antecedentes penales) que puedan ser de importancia para la evolución legal y social ulteriores. A la inversa, esto quiere decir que siempre que debamos partir de que los grupos de delinquentes diversamente tratados se diferencian respecto de características significativas, no se podrá hacer ninguna afirmación segura sobre a qué deben atribuirse eventuales diferencias en el comportamiento legal o social subsiguiente de los delinquentes. Esto es así ya que en este caso, por ejemplo, una diferencia en la cuota de reincidencia podría ser explicada unas veces a través del distinto tratamiento, pero otras también a través de las diferencias ya existentes desde antes entre los diversos grupos. Sin embargo, una semejante comparación no permite una decisión acerca de cuál es la explicación adecuada.

¹³ Resumiendo a Albrecht, H.-J., *Legalbewährung bei zu Geldstrafe und Freiheitsstrafe Verurteilten (La reincidencia respecto de los condenados a una pena pecuniaria y los condenados a pena privativa de libertad)*, Freiburg, 1982, pp. 7 y ss.

V. INVESTIGACIÓN ACERCA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL

Al medir los estudios e investigaciones criminológicos actualmente disponibles acerca de las medidas privativas de libertad —en particular acerca de la ejecución de penas respecto de menores— por estas reglas metodológicas, nos hallamos ante una situación en la que una parte bastante grande de las investigaciones se revela poco utilizable. Esto es así ya que, como puede deducirse de una compilación prácticamente completa de estudios sobre la reincidencia tras la ejecución de penas y otras intervenciones jurídico-penales respecto de menores recientemente aparecida en Alemania, la mayoría de los estudios (ca. cuatro quintas partes) que tienen por tema la reincidencia de presos correccionales, carecen de grupos de control o comparación.¹⁴ Por tanto, los hallazgos que de ellos se siguen acerca de la cuota de reincidencia ni siquiera pueden ponerse en relación con un grupo de delinquentes juveniles tratados ambulatoriamente, reunido de forma standard. Con todo, de tales investigaciones pueden deducirse puntos de referencia sobre cómo debe valorarse la ejecución de penas respecto de menores o pena correccional. La cuota media de reincidencia resultante de diez estudios sobre reincidencia tras la pena correccional está situada (tras un periodo de prueba de aproximadamente cinco años) más o menos el 75%.¹⁵ No obstante, como puede deducirse de otro estudio sobre reincidencia tras la ejecución de penas respecto de menores, la cuota general de reincidencia podría subir hasta casi el 100% si se aguardase durante un periodo de prueba de diez años.¹⁶ Conforme a lo esperado, la cuota de reincidencia tras el arresto de jóvenes está situada a un nivel inferior; en este caso aparece, a través de aproximadamente 15 estudios, una cuota media de reincidencia del 44%.¹⁷ Más baja aún está situada la cuota de reincidencia tras la suspensión condicionada o a prueba de la pena (64-68%).¹⁸ Encuestas criminológicas acerca de la reincidencia tras la aplicación de otras

¹⁴ Hartung, B., *Spezialpräventive Effektivitätsmessung. —Vergleichende Darstellung und Analyse der Untersuchungen von 1945-1979 in der Bundesrepublik Deutschland — (Medición de efectividad especial-preventiva. — Descripción comparativa y análisis de las instrucciones judiciales llevadas a cabo entre 1945 y 1979 en la República Federal Alemana)*, tesis doctoral, Göttingen, 1981.

¹⁵ *Idem*, pp. 101 y ss.

¹⁶ Se trata aquí de una investigación no publicada procedente de la cárcel para menores de Adelsheim.

¹⁷ Hartung, B., *op. cit.*, *supra* nota 14, pp. 92 y ss.

¹⁸ *Idem*, pp. 117 y ss.

medidas ambulatorias sólo existen de forma aislada; así, por ejemplo, un estudio acerca de la mera admonición efectuada por jueces tutelares de menores que arroja una cuota de reincidencia de aproximadamente el 50% tras un periodo de prueba de seis años.¹⁹

Junto a estas investigaciones acerca de distintas formas de reacción de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores referidas a la reincidencia, las cuales prácticamente todas sin excepción están referidas en cada caso a un grupo y no contienen grupo de comparación o control, pueden consultarse estudios que se ocupan con otras consecuencias de la ejecución de penas respecto de menores. Conforme a las ideas del legislador y de la práctica, a la ejecución de penas respecto de menores le debe incumbir una función por entero positiva. Debe servir para suprimir los déficits que fueron (también) causa de la imposición de la pena correccional. En lo esencial, los esfuerzos en la ejecución de penas respecto de menores están dirigidos hacia el cambio para mejor de las perspectivas profesionales y de trabajo de los delincuentes juveniles a través de intensiva asistencia escolar y formativa.²⁰ Sin embargo, que una semejante transformación se siga de la ejecución de la pena correccional no es evidente.

Más bien debe partirse del hecho de que las oportunidades en el mercado profesional y de trabajo de aquellos sometidos a medidas estacionarias o privativas de libertad se deterioran aún más.²¹ A este respecto, existen puntos de apoyo a favor del hecho de que el decrecimiento de la prisión preventiva respecto de delincuentes juveniles y la

¹⁹ Pfohl, R., *Jugendrichterliche Ermahnungen. Anwendungsbereich und spätere Straffälligkeit* (Las admoniciones de los jueces tutelares de menores. Ambito de aplicación y delincuencia posterior), tesis doctoral, Hamburg, 1972.

²⁰ Resumen acerca de la dimensión y clase de las medidas formativas dentro de la ejecución de penas a menores, así como acerca de la reincidencia tras la excarcelación de la cárcel de menores. Ver, Berckhauer, F., y B. Hasenpusch, "Legalbewährung nach Strafvollzug-Zur Rückfälligkeit der 1974 aus dem niedersächsischen Strafvollzug Entlassenen" ("La reincidencia tras el cumplimiento de la pena. Un estudio acerca de la reincidencia de los exonerados en 1974 del cumplimiento de la pena en la Baja Sajonia"), en Schwind, H.-D. y G. Steinhilper (eds.), *Modelle zur Kriminalitätsvorbeugung und Resozialisierung. Beispiele praktischer Kriminalpolitik in Niedersachsen* (Modelos para la prevención de la criminalidad y la resocialización. Algunos ejemplos de política criminal práctica en la Baja Sajonia), Heidelberg, 1982, pp. 181-334.

²¹ Albrecht, H.-J., "Jugendkriminalität und Jugendarbeitslosigkeit. Empirische Befunde zu den Beziehungen zwischen zwei sozialen Problemen" ("La delincuencia y el paro juveniles. Hallazgos empíricos acerca de las relaciones existentes entre dos problemas sociales"), en Münder, J. (eds.), *Jugendkriminalität und Jugendarbeitslosigkeit* (La delincuencia y el paro juveniles), Neuwied, 1987, pp. 41-91.

ejecución de penas respecto de menores tan sólo crean paro. De una encuesta realizada a presos preventivos juveniles en la zona sureña de Alemania se conoce que cada sexto de este grupo había perdido su trabajo debido a su encarcelamiento.²² La dimensión de este problema puede ser ilustrada con cifras sacadas de las estadísticas de la administración de justicia: en el año 1986 fueron colocados en prisión preventiva, antes o durante la sustanciación de su proceso penal, siete mil quinientos condenados según el derecho penal de menores. Pero de éstos, sólo aproximadamente la mitad fueron condenados a una pena correccional ejecutable.

Con la ejecución de penas respecto de menores también están ligadas malas experiencias. En relación a esto, según datos recolectados de la ejecución de penas sobre menores en Baden-Württemberg, si bien y aproximadamente el 50% de los autores de delitos adolescentes o cercanos a la edad adulta estaban sin trabajo antes del ingreso en la cárcel correccional: de todos modos, casi un tercio tenía un puesto de trabajo fijo, aproximadamente el 5% un puesto de formación y cada décimo estaba ya empleado en un trabajo eventual. Las perspectivas de los reclusos de la cárcel correccional tras la excarcelación indican que las proporciones experimentan un fuerte cambio en dirección a una futura falta de trabajo. En adelante, sólo cada décimo tiene un puesto de trabajo fijo; cada cuarto tiene, conforme a su propia convicción, perspectivas de un puesto de trabajo; pero las dos terceras partes se hallan de frente al paro.²³ Las conexiones aquí en cuestión están respaldadas por los resultados de investigaciones extranjeras.²⁴ Adicionalmente, puede señalarse que los problemas de la discriminación y la estigmatización respecto de reclusos de cárceles correccionales también se exteriorizan en mayores problemas en el ulterior puesto de trabajo.²⁵

²² Hermanns, J., *Sozialisationsbiographie und jugendrichterliche Entscheidungspraxis (Biografías de socialización y praxis decisoria de los jueces tutelares de menores)*, Freiburg, 1983, p. 136.

²³ Kupke, R., y H. Kury, *Sozialstatistik der Zugänge im Jugendstrafvollzug Baden-Württemberg (Estadística social de la ejecución de penas respecto de menores en Baden-Württemberg)*, Freiburg, 1978.

²⁴ UNSDRI (ed.), *Economic crises and crime (Las crisis económicas y el crimen)*, Roma, 1976, pp. 79 y pp.

²⁵ Blath, R., P. Dillig y H.-P. Frey, *Zur Wiedereingliederung junger Straftäter am Arbeitsplatz: Ihre Kompetenzen zur Lösung interpersonaler Problemsituationen und Stigmatisierungen durch Arbeitskollegen (Estudio acerca de la reincorporación de delinquentes jóvenes en su lugar de trabajo: Sus capacidades para solucionar situaciones interpersonales problemáticas y la estigmatización por sus compañeros de trabajo)*, Nürnberg, 1978.

Si ulteriormente preguntamos qué hallazgos criminológicos existen acerca de otras consecuencias de la ejecución de penas respecto de menores en Alemania, en sentido estricto también acerca de las transformaciones en el curso de la ejecución de la pena, entonces debemos remitirnos a unas pocas investigaciones que unas veces aluden a la eficiencia de determinadas medidas terapéuticas durante la prisión preventiva, otras al transcurso y a las transformaciones resultantes en las actitudes de los presos correccionales durante la ejecución de la pena. Los estudios de la eficacia de medidas terapéuticas durante la prisión preventiva no aducen ninguna prueba concluyente a favor de que puedan obtenerse transformaciones positivas.²⁶ En un estudio de corte longitudinal acerca del transcurso del encarcelamiento respecto de reclusos correccionales pudo observarse un incremento en los conocimientos técnicos delictivos; no pudo demostrarse que el rechazo frente a formas de comportamiento desviantes y el apoyo a formas de comportamiento conformantes aumentasen durante la reclusión; por lo demás, el aumento en las posibilidades conformantes a base de formación en el taller y la escuela del establecimiento resulta muy modesto. En resumen, por cuanto se refiere al cometido educativo de la ejecución de penas respecto de menores, resulta un balance neto negativo.²⁷

Si tras todo esto se llega a la conclusión de que las repercusiones positivas sobre la futura vida de los delinquentes juveniles ligadas con la ejecución de penas respecto de menores no son obtenibles ni siquiera como punto de partida, entonces se presenta naturalmente la pregunta acerca de si y hasta qué punto las medidas ambulatorias serían más adecuadas para lograr las finalidades vigentes en el campo de la prevención especial. Sin embargo, a este respecto escasean, ante todo referente a Alemania, los estudios pertinentes que tengan por objetivo el análisis comparado de la eficiencia de las medidas ambulatorias y estacionarias.²⁸

²⁶ Kury, H., "Junge Rechtsbrecher und ihre Behandlug. Sozialer Hintergrund, Persönlichkeit und Resozialisierung bei jugendlichen und heranwachsenden Untersuchungshäftlingen" ("Los jóvenes infractores de la ley y su tratamiento. Ambiente social, personalidad y resocialización en los menores y jóvenes adultos sometidos a prisión preventiva"), *ZStW*, núm. 93, 1981, pp. 319-359; Kury, H. (ed.), *Prognose und Behandlung bei jungen Rechtsbrechern (Pronósticos y tratamiento respecto de jóvenes infractores de la ley)*, Freiburg, 1987.

²⁷ *Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft*, 1983, pp. 823 y ss.

²⁸ Hartung, B., *op. cit.*, *supra* nota 14.

El que el llamado método realista o duro —en particular el experimento controlado, basado sobre el principio de la casualidad— no pueda emplearse dentro del marco de las sanciones del derecho penal de menores como instrumento de la investigación criminológica, es seguramente comprensible. Los problemas de la homogeneidad de tratamiento, de la independencia judicial y los principios éticos prohíben el uso precisamente de los métodos que producirían hallazgos válidos. No obstante, también puede pensarse en otros caminos, de acceso metodológicos que, por ejemplo, respecto de la evaluación de las medidas ambulatorias del derecho penal de menores, ya son utilizados.²⁹ Dentro del marco de la asignación habitual de asuntos penales en los tribunales efectuada a jueces individuales, la cual prácticamente es comparable al principio de la casualidad, y con motivo de un estudio acerca de órdenes judiciales decretando la asistencia y el trabajo (trabajo de interés social), las “naturales” diferencias en la práctica decisoria judicial fueron convertidas en fundamento para una comparación. En este estudio resultó que, respecto de 15 jueces en total, la cuota de arresto de jóvenes oscilaba entre el 9 y el 37% y la cuota de imposición de la pena correccional sin suspensión a prueba entre el 1 y el 10%. En todo caso, el análisis incorporado de la cuota de reincidencia no adujo ninguna diferencia significativa entre los grupos de delincuentes juveniles diversamente tratados por los jueces tutelares de menores de München.

Si en conexión con la pregunta acerca de los hallazgos criminológicos respecto de la comparación de las medidas estacionarias y ambulatorias del derecho penal de menores intentamos echar mano de investigaciones extranjeras, también aquí hallamos que las suposiciones centrales ligadas con las medidas estacionarias y ambulatorias de la justicia penal de menores están escasamente comprobadas. Esto es aplicable a la hipótesis de que la desinstitucionalización respecto de delincuentes juveniles es más eficaz que el tratamiento estacionario o el encarcelamiento; lo mismo que es válido respecto de la clásica suposición de que la ejecución de penas en menores trae consigo una elevación del riesgo y un refuerzo de carreras criminales, así como respecto de la suposición de que una intervención temprana en la forma de un shock breve y profundo (*taste of jail approach* o método del

²⁹ Pleiffer, Ch., *Kriminalprävention im Jugendgerichtsverfahren (La prevención de la criminalidad en el procedimiento judicial para menores)*, Köln, 1983.

gusto de la cárcel) puede impedir la aparición de ulteriores actividades delictivas.³⁰

Los trabajos más importantes y constantemente citados una y otra vez acerca de la comparación de las consecuencias especial-preventivas de medidas estacionarias y ambulatorias aplicadas a delinquentes juveniles se remiten al llamado Proyecto PROVO y al proyecto de tratamiento comunitario (*community treatment*) llevado a cabo en California.³¹

En el Proyecto PROVO, jóvenes reincidentes múltiples fueron asignados al azar, o bien a una vigilancia a prueba supervisada, o bien a una forma de asistencia experimental, orientada hacia la terapia de grupo. Al comparar estas variantes no resultó diferencia alguna en la reincidencia, si bien ambas formas de sustitución de la ejecución de penas salen mejor paradas que un grupo de control expuesto a la usual ejecución de penas respecto de menores. En el proyecto de tratamiento comunitario de California fue comparado en forma experimental el tradicional internamiento estacionario en establecimientos correccionales con diversas formas de asistencia o vigilancia a prueba de tipo pedagógico-social en libertad. Con ello no se pudieron obtener resultados inequívocos a favor de la superioridad de un método sobre otro. No obstante, al mismo tiempo debe incluirse que, en lo referente a los sujetos estudiados, se trataba de jóvenes ya fuertemente lastrados con una media de seis incidencias registradas por la policía.

En un estudio a gran escala ulterior, que realmente, en lo esencial, tenía por objeto los llamados delinquentes juveniles con *status* y las consecuencias de programas de desinstitucionalización con respecto a la reincidencia o evolución de carreras criminales, no apareció una diferencia significativa entre los delinquentes juveniles desinstitucionalizados y un grupo de control, si bien éste era estadísticamente adaptado sólo en lo referente a unas pocas características importantes.³² Sin embargo, parece interesante que, a juzgar por los rendimientos

³⁰ Klein, M. W., "American juvenile justice: Trends, assumptions and data" ("La justicia juvenil americana: Tendencias, presunciones y hechos"), en Kerner, H.-J., *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 91-116.

³¹ Palmer, T., "The youth authorities community treatment project" ("El proyecto de tratamiento comunitario de las autoridades tutelares de menores"), *Federal Probation*, núm. 38, 1974, pp. 3-14; Empey, L. T., y M. L. Erickson, *The PROVO-experiment (El experimento PROVO)*, Lexington, 1972.

³² Kobrin, S. y M. W. Klein, *Community treatment of juvenile offenders. The DSO-experiments (El tratamiento comunitario de infractores del derecho juveniles. Los experimentos DSO)*, Beverly Hills, London, New Delhi, 1983, pp. 189 y ss.

brindados en el marco del programa de desinstitucionalización —ante todo en los grupos de delinquentes valorados como particularmente sujetos a riesgo— las diversas formas de ingreso en viviendas comunales o de colocación en familias son, desde el punto de vista de la reincidencia ulterior o incidencia policial y de la delincuencia autorreferida, las más adecuadas para reducir las incidencias de tipo criminal.³³

La suspensión a prueba de la pena, ligada a un previo encarcelamiento de duración reducida, no ha cumplido, según hallazgos ingleses, americanos y escandinavos, las expectativas de superioridad frente a la suspensión normal de la pena puestas en ella.³⁴ Por lo demás, lo mismo es aplicable a las medidas ambulatorias enriquecidas con una corta visita obligatoria a una cárcel. Tampoco aquí se diferencia la cuota de reincidencia de aquella de un grupo de delinquentes juveniles respecto de quienes la visita a la cárcel no se hallaba programada.³⁵

De otros países casi no existen estudios que se hayan ocupado de hacer una comparación directa de las medidas ambulatorias y estacionarias del derecho penal de menores en una forma metodológicamente verificable. Tan sólo de Gran Bretaña se sabe que las cuotas de reincidencia de establecimientos de régimen abierto y cerrado, tras el ingreso de jóvenes problemáticos o delictivos, no se diferencian. Esto resulta tanto más sorprendente al razonarse a nivel internacional, especialmente en el sector de la justicia penal de menores, con afirmaciones empíricas acerca del nexo entre diversas medidas y efectos educativos y al efectuarse reformas del derecho penal de menores, en particular también la adopción de alternativas ambulatorias frente a las medidas privativas de libertad, en gran parte con la motivación de que aquéllas son más eficientes, menos perjudiciales y en principio superiores a la privación de libertad. Así, por ejemplo, no existen estudios de eficiencia para las medidas alternativas consistentes en el “trabajo de interés general o de utilidad social” y el *intermediate treatment* introducidas

³³ *Idem*, pp. 215 y ss.

³⁴ *Cfr.*, Albrecht, H.-J.; F. Dünkel, y G. Spieß, “Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik” (“La investigación empírica acerca de las sanciones y la justificabilidad de la política criminal”), *Monatsschrift für Kriminologie*, núm. 64, 1981, pp. 310 y ss.

³⁵ *Cfr.*, además acerca de variantes ulteriores, ante todo en el campo de las medidas ambulatorias, Albrecht, H.-J., “Präventive Aspekte der Verfahrenseinstellung im Jugendstrafrecht” (“Aspectos preventivos del sobreseimiento del procedimiento en el derecho penal de menores”), en Walter, M., y G. Koop (eds.), *Die Einstellung des Strafverfahrens im Jugendrecht (El sobreseimiento del procedimiento en el derecho de menores)*, Vechna, 1984, pp. 51-78.

en las reformas más recientes del derecho penal de menores tanto en Inglaterra como en Holanda.

Si, por consiguiente, de las investigaciones habidas hasta ahora puede deducirse poco de lo que permitiría una comprobación precisa de la hipótesis mencionada al comienzo acerca de la prevención especial respecto de delincuentes juveniles sobre el fondo de las medidas ambulatorias y estacionarias y, ante todo, también una diferenciación entre grupos aptos y no aptos para la ejecución de penas respecto de menores, de todos modos, puede aún preguntarse si de las investigaciones criminológicas generales acerca de la criminalidad juvenil no pueden extraerse puntos de apoyo que respalden la plausibilidad de determinadas suposiciones en la comparación de las medidas privativas de libertad.

De estudios que tenían por objeto las repercusiones de intervenciones jurídico-penales anteriores —independientemente de su forma— sobre la “integración legal”, se conoce que las intervenciones jurídico-penales traen consigo consecuencias poco alentadoras. Así, en el estudio realizado sobre toda una cohorte de nacimiento en Philadelphia, que registraba la evolución de la criminalidad de casi 10,000 personas hasta los 25 años de edad, sólo pudo comprobarse que el sistema de tribunales tutelares de menores en el mejor de los casos no ejerce ninguna influencia negativa.³⁶ Independientemente del contexto nacional respectivo, parece claro que la probabilidad de reiteración de actos delictivos aumenta con cada contacto adicional con el sistema de derecho penal de menores y que el intervalo entre los singulares contactos se acorta.

Diversos hallazgos investigativos hablan a favor de que, en realidad, a través de la estigmatización y el etiquetamiento de los delincuentes juveniles, se inicia un cambio para peor, si bien aún no puede hablarse de una verificación empírica de la teoría del etiquetamiento.³⁷ En todo caso, los resultados habidos hasta ahora dan a entender que, si son de temer intensificaciones de la incidencia criminal como consecuen-

³⁶ Wolfgang, M. E.; R. M. Figlio, y T. Sellin, *Delinquency in a birth cohort (La delincuencia en una cohorte de nacimiento)*, Chicago, London, 1972.

³⁷ Klein, M. W., “A judicious slap on the wrist. Thoughts on early sanctions for juvenile offenders” (“Un manotazo juicioso sobre la muñeca. Reflexiones acerca de las sanciones tempranas aplicadas a infractores juveniles del derecho”), en Martin, S. E.; L. B. Sechrest, y R. Redner (eds.), *New directions in the rehabilitation of criminal offenders (Nuevas direcciones en la rehabilitación de infractores criminales)*, Washington, 1981, pp. 376-393.

cia de intervenciones sancionadoras y, en particular, también de intervenciones privativas de libertad, esto será tanto más el caso respecto de los delincuentes más jóvenes, los que lo sean por primera vez, los jóvenes de las clases sociales más altas y los delincuentes juveniles femeninos.³⁸

La más amplia cuestión relativa a la conjetura de que una reacción demasiado suave frente al mal comportamiento juvenil podría conducir a un deslizamiento hacia criminalidad más grave, carreras criminales o autoría intensiva, puede ser contestada de la forma siguiente. De estudios acerca del curso de carreras criminales y de la autoría intensiva sabemos que una porción desproporcionada de los delitos registrados son cometidos por un grupo muy pequeño de delincuentes particularmente activos. Del estudio ya mencionado, realizado sobre toda una cohorte de nacimiento, se sabe que delincuentes crónicos representando una porción del 18% de todos los delincuentes del grupo estudiado, cometieron más de la mitad de todos los delitos registrados en este grupo.³⁹ Resultados similares se conocen de Alemania, según los cuales el 2% de los sospechosos infantiles cometen aproximadamente el 25% de los delitos registrados en su grupo de edad, el 5% de los sospechosos adolescentes aproximadamente el 30% y el 5% de los jóvenes adultos, igualmente aproximadamente el 30% de los delitos respectivos en su grupo de edad.⁴⁰ Por otro lado, también se sabe que la mayor parte de la criminalidad juvenil tiene un carácter episódico y que porciones bastante grandes incluso de autores juveniles reincidentes se apean "voluntariamente" de su carrera al alcanzar la edad adulta.⁴¹ No obstante, una identificación prospectiva de este pequeño grupo de autores intensivos no es posible en el momento actual, puesto que las características válidas, ante todo características empíricamente verificables, que podrían emplearse para la identificación de este pequeño grupo, no están a nuestra disposición en el estado actual de la investigación sobre la criminalidad juvenil.

³⁸ *Idem*, pp. 386 y 389.

³⁹ Wolfgang, M. E.; R. M. Figlio, y T. Sellin, *op. cit.*, *supra* nota 36.

⁴⁰ Liebe, M., "Stand und Entwicklung der Jugenddelinquenz in Nordrhein-Westfalen einschließlich jugendliche Intensiv- und Serientäter. Reaktionmöglichkeiten der Polizei" ("El estado y desarrollo de la delincuencia juvenil en el estado de Nordrhein-Westfalen inclusive los delincuentes intensivos y en serie. Posibilidades de reacción de la policía"), en Kury, T., y H. Lerchenmüller (eds.), *Diversión, Alternativen zu klassischen Sanktionsformen (La diversión. Alternativas a las formas clásicas de sanción)*, vol. I, Bochum, 1981, pp. 79-102.

VI. HALLAZGOS ACERCA DE LA PREVENCIÓN GENERAL

La investigación criminológica sobre las sanciones en el campo del derecho penal de menores se ha ocupado hasta ahora casi exclusivamente con temas de prevención especial. Por ello, los interrogantes acerca de la prevención general fueron en gran parte dejados a un lado. No obstante, la constatación de que la cuota de reincidencia tras una determinada reacción jurídico-penal o tras la aplicación de un determinado método es más alta o baja que tras otras reacciones a otros métodos, aún no diría nada acerca de qué consecuencias tiene la sustitución de medidas estacionarias por reacciones ambulatorias sobre la situación de la criminalidad global.

En todo caso, con ocasión de la reducción en la ejecución de penas respecto de menores en Massachusetts, que produjo en el año 1972 una drástica reducción en la cifra de reclusos correccionales hasta aproximadamente la quinta parte del número precedente, no pudo observarse la ola de criminalidad temida por las fuerzas políticas conservadoras.⁴² Al contrario, las oscilaciones en la criminalidad juvenil en Massachusetts se mantuvieron dentro del marco de las tendencias generales observables también en otros Estados. En los EE.UU. se conocen análogos resultados de distintos proyectos de diversión en los que fue estudiada, junto a otros criterios, también la evolución de la criminalidad general así como específicamente juvenil.⁴³

El argumento de la prevención general contiene dos componentes, de los cuales uno abarca, en su calidad de prevención intimidatoria, la propiedad de una medida jurídico-penal de servir de advertencia en el marco de situaciones de decisión personal frente a las consecuencias de una acción criminal. Consiguientemente, debe comprobarse hasta qué punto pueden en general observarse en los jóvenes cálculos racionales de actuación, los cuales son presupuestos para la actividad de la prevención general de tipo negativo. Investigaciones realizadas a tal efecto muestran que, si bien también en los jóvenes las decisiones

⁴¹ Wadsworth, M., *Roots of delinquency. Infancy, adolescence and crime (Raíces de la delincuencia. La infancia, la adolescencia y el crimen)*, Oxford, 1979; resumiendo a Albrecht, H.-J., "Kriminologische Aspekte der Rückfallkriminalität und des Rückfalls" ("Aspectos criminológicos de la criminalidad reincidente y de la reincidencia"), en Jescheck, H.-H., y G. Kaiser, *Erstes Deutsch-Polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie (Primer coloquio germano-polaco sobre el derecho penal y la criminología)*, Baden-Baden, 1983, pp. 101-132, y 111 y ss.

⁴² Calhoun, J. A., *op. cit.*, *supra* nota 3.

⁴³ Resumiendo a Albrecht, H.-J., *op. cit.*, *supra* nota 35, 1984, pp. 71 y ss.

de actuar delictivamente pueden evidenciar el efecto de una ponderación subjetiva de utilidad;⁴⁴ sin embargo con esta comprobación aún no queda evidenciado cuándo y bajo qué circunstancias puede presentarse una semejante disposición para la ponderación racional, ni en qué medida debe contarse con actuaciones racionales por parte de los jóvenes. En ello debe ante todo tomarse en consideración que la criminalidad juvenil está esencialmente referida a grupos y que, además, surge normalmente de forma espontánea. Por tanto, por lo general, se trata de comportamiento motivado por otras reglas que aquellas propias de las decisiones racionales. Por lo demás, a este respecto puede hacerse alusión a un estudio realizado en el sur de Alemania, que se propuso el objetivo de identificar las condiciones bajo las cuales los jóvenes deciden racionalmente; por tanto, también, dado el caso, bajo las cuales incluyen la forma y la dimensión de las sanciones jurídico-penales en sus decisiones.⁴⁵ Con ello se comprobó que la aparición de decisiones racionales es fomentada ante todo por la existencia de graves situaciones de carencia en los jóvenes. Situaciones de decisión en las que se plantea la disyuntiva entre criminalidad o conformidad son de esperar, según esto, ante todo cuando un joven pueda ser caracterizado como muy destituido económicamente. No obstante, al mismo tiempo la destitución económica en grandes dimensiones conduce a que los costes ligados con una sanción sean valorados como insignificantes y, con ello, a que el efecto motivador de la norma se vea debilitado.

Si sintetizamos los resultados investigativos acerca del efecto intimidatorio general de las normas de sanción y prácticas sancionadoras sobre los adolescentes y jóvenes cercanos a la edad adulta, en pocas palabras puede ponerse de relieve lo siguiente. Suponiendo que las normas de sanción sean incluidas en los planes de actuación de los jóvenes:

1) La frecuencia en la aparición de comportamiento criminal depende ante todo del riesgo de descubrimiento y persecución, no de la gravedad objetiva o subjetivamente percibida de la sanción;

2) La gravedad de la sanción sólo es significativa cuando el riesgo de descubrimiento alcanza un nivel muy elevado.

⁴⁴ Cimler, E., y L. R. Beach, "Factors involved in juveniles' decisions about crime" ("Factores implicados en las decisiones de los jóvenes acerca del crimen"), *Criminal Justice and Behaviour*, núm. 8, 1981, pp. 275-286.

⁴⁵ Blinkert, B., "Benachteiligte Jugendliche — Lernen oder kriminell werden?" ("Jóvenes desventajados — ¿Aprender o convertirse en criminales?"), *Soziale Welt*, núm. 32, 1981, pp. 86-118.

Con ello debería hacerse evidente que, respecto de los jóvenes, a la prevención intimidatoria sólo puede corresponderle un carácter marginal, puesto que el riesgo de descubrimiento y persecución es manipulable exclusivamente dentro de estrechos márgenes; también la variación de la gravedad de la sanción está estrechamente limitada. En este punto también es de importancia cómo valoran los jóvenes la gravedad de las diversas sanciones. A tal efecto, ahora existe un nuevo estudio alemán, del cual resulta que tan sólo saltos relativamente grandes en la intensidad sancionadora traen consigo modificaciones en la valoración de la gravedad. Por lo demás, según los resultados de este estudio, valores evidentemente máximos en el enjuiciamiento de la gravedad de las medidas del derecho penal de menores son rápidamente alcanzados. Con aproximadamente un año de pena correccional aparece alcanzado un punto a partir del cual, desde la perspectiva de los jóvenes, difícilmente son imaginables intervenciones más graves. En vista de esto, bien es posible que la sutilmente diferenciada graduación en la intensidad de la intervención prevista en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores no coincida con las percepciones subjetivas de los jóvenes.⁴⁶

En lo tocante a la pregunta acerca de hasta qué punto las sanciones ambulatorias y estacionarias del derecho penal de menores hacen sentir sus efectos en cuanto a la prevención general de tipo positivo; esto es, a la pregunta acerca de hasta qué punto la confianza de la población en el derecho penal, el clima normativo de una sociedad, pueden en general verse afectados por desplazamientos entre las sanciones ambulatorias y estacionarias, no existen hallazgos válidos al respecto. Por lo demás, el que pueda en general un nexo semejante ser metodológicamente registrado de forma fiable parece dudoso. Es cierto que las actitudes de la población frente a determinadas sanciones penales, una determinada práctica sancionadora o determinados tipos de procedimientos judiciales, deben ser aceptados como indicadores de hasta qué punto el derecho penal y su aplicación práctica hallan aprobación, así como de hasta qué punto las expectativas de castigo se apartan hacia arriba o abajo de la realidad. No obstante, el registro de tales actitudes no es capaz de decidir la cuestión de si las modificaciones en la aplicación práctica del instrumentario jurídico tendrían

⁴⁶ Schumann, K. F. (et al.), *Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention (La delincuencia juvenil y los límites de la prevención general)*, Neuwied, Darmstadt, 1987.

como consecuencia modificaciones en las actitudes correspondientes de la población. De cualquier modo, para la República Federal Alemana ni siquiera se dispone de resultados investigativos que se refieran a las actitudes de la población global frente a las alternativas de reacción de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores.

Por eso, las tesis de la prevención general, en cuanto atañe a una estrategia específica de reacción o a la proporción entre sanciones ambulatorias y estacionarias, difícilmente pueden ser corroboradas o refutadas.

Si bien el argumento de la custodia o de la seguridad no es oficialmente tema de discusión en el derecho penal de menores, el problema del delincuente juvenil peligroso es siempre tenido en cuenta de forma implícita en el debate acerca de la proporción entre medidas ambulatorias y estacionarias. No hay duda de que existen delincuentes juveniles crónicos, delincuentes juveniles de carrera e incluso jóvenes monstruos, los cuales plantean a nivel internacional el problema de la custodia segura.⁴⁷ A este respecto, en los EE.UU. incluso se hicieron recientemente públicas peticiones de no tratar al delincuente juvenil de carrera de forma distinta que el adulto, puesto que desde el punto de vista de la seguridad ciudadana no puede justificarse un tratamiento distinto.⁴⁸ Conforme a esta afirmación, de ambos emanan los mismos peligros. Dejando aparte las dificultades que surgen ya al definir lo que deba entenderse por delincuente peligroso, la cuestión de la reacción frente a delincuentes juveniles así definidos también dependerá de hasta qué punto pueda efectuarse una identificación medianamente fiable. Sin embargo, como ya más arriba se mencionó, esto sólo es posible si, al realizarse una especie de detención en grupo, uno se conforma con una cuota considerable de delincuentes juveniles falsamente clasificados como peligrosos. Prescindiendo de ello, en cuanto al grupo de delincuentes juveniles clasificados en general como peli-

⁴⁷ Resumiendo a Kerner, H.-J. (ed.), *Gefährlich oder gefährdet? Eine internationale Diskussion zur Sanktionierung, Behandlung und gesicherten Unterbringung von schwer oder wiederholt delinquenten Jugendlichen* (¿Peligroso o en peligro? Una discusión internacional acerca de la sanción, el tratamiento y la reclusión con garantías de delincuentes juveniles reincidentes o que hayan cometido delitos graves), Heidelberg, 1983.

⁴⁸ Así, por ejemplo, Wolfgang, M. E., "From boy to man — From delinquency to crime" ("De niño a hombre — De delincuencia a crimen"), en Mednick, S. A.; M. Harvay, y K. M. Finello (eds.), *A Handbook of longitudinal research*, vol. 2, Teenage and adult cohorts (Un manual de investigación longitudinal. Cohortes adolescentes y adultas), New York, 1984, pp. 439-450.

grosos, podría tratarse —visto a nivel internacional— de sólo una pequeña fracción de los internados en establecimientos correccionales. Por ejemplo, en la República Federal Alemana, hoy como ayer, el grupo de los jóvenes de entre 14 y 17 años de edad internados por hurto o apropiación indebida constituye aproximadamente las dos terceras partes de la población interna global. Es cierto que en los años setenta, desde el punto de vista del delito cometido, se han producido considerables desplazamientos en la composición de la población de menores internos. A comienzos de los años ochenta la porción de los jóvenes internados por delitos contra la vida, la integridad física o el robo es considerablemente mayor; sin embargo, este grupo sólo ocupa en total una porción que no llega al 30%. Por lo demás, más o menos lo mismo puede decirse de los delincuentes de entre 18 y 21 años de edad que se hallan en fase de ejecución de la pena; también aquí son preponderantemente delincuentes contra la propiedad y el patrimonio los que cumplen una pena correccional. Algo semejante es referido desde Massachusetts. Allí, tras la reforma de 1972, una cifra de aproximadamente 150 plazas en establecimientos de seguridad fue considerada suficiente para el alojamiento y custodia segura de jóvenes particularmente problemáticos o peligrosos. Sin embargo, el análisis de la composición de esta población muestra que aproximadamente la mitad de los jóvenes allí ingresados fueron internados debido a delitos bastante leves, con lo cual un motivo principal para su ingreso podría deberse a que causaron problemas o dificultades durante la ejecución de otros programas o medidas.⁴⁹

VII. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y RESUMEN

Sobre la base de los resultados anteriores debe partirse de que una parte bastante grande de los delincuentes hoy internados en establecimientos de seguridad podrá ser atendida y vigilada utilizando formas alternativas, no privativas de libertad, con un riesgo limitable.

En lo referente a la comparación de las medidas privativas y no privativas de libertad en el sector de la justicia penal de menores sobre el fondo de la investigación criminológica internacional, puede decirse a modo de resumen lo siguiente:

⁴⁹ Así, Calhoun, J. A., *op. cit.*, *supra* nota 3.

1) Los hallazgos empíricos que podrían servir de base a afirmaciones comparativas acerca de la eficiencia de las sanciones jurídico-penales de tipo estacionario y no estacionario son escasos.

2) Los interrogantes acerca de la eficiencia referidos a las consecuencias individual-preventivas y, ante todo, general-preventivas de diversas medidas son tan complejas que, con toda probabilidad, no podrá contarse en el futuro inmediato con pruebas seguras a favor de la inferioridad o superioridad de unas u otras formas de reacción.

3) Los resultados criminológicos precedentes indican que con la ejecución de la pena correccional o de otras medidas privativas de libertad están ligadas consecuencias negativas, las cuales no pueden ser compensadas, dado el caso, a través de la eliminación de determinados déficits en el campo escolar o formativo, verificada durante la fase de ejecución de la sanción.

4) Hasta donde puede disponerse de estudios relativamente fiables acerca de la comparación de reacciones ambulatorias y estacionarias respecto de delinquentes juveniles, parece perfilarse, y esto coincide con los hallazgos criminológicos de la investigación más abundante acerca del derecho penal de adultos, que la cuota de reincidencia se evidencia relativamente resistente frente a variaciones en la configuración de medidas singulares o de medidas variadas.

5) Hasta donde existen hallazgos criminológicos acerca de la cuestión tocante a la relación entre un cambio de medidas estacionarias a favor de medidas ambulatorias y la evolución general en la criminalidad juvenil, podría ser que la oscilación en la criminalidad sea independiente de modificaciones en la práctica de la Justicia Penal de Menores. En general, al derecho penal de menores le corresponde una importancia puramente marginal.

6) Investigaciones acerca de las consecuencias de intervenciones tempranas, ante todo estacionarias, indican que quienes delinquen por primera vez y los delinquentes más jóvenes son particularmente vulnerables.

7) En el campo de la proporción de medidas estacionarias y ambulatorias no pueden introducirse aspectos de prevención general. Esto es así porque, por un lado, de la investigación general-preventiva habida hasta ahora no pueden deducirse puntos de apoyo a favor de que, con la variación de la práctica sancionadora, realmente puedan esperarse efectos validantes de la norma o intimidatorios, y por otro, porque ha de afirmarse que suposiciones no comprobables empíricamente no

puedan emplearse como fundamentación para la configuración del derecho penal de menores.

8) Hasta donde tenga lugar un cambio de medidas estacionarias a favor de medidas ambulatorias, no puede simultáneamente estar ligada una renuncia a una asistencia o control razonables. A favor de ello hablan hallazgos que atribuyen una mayor importancia a una intensiva vigilancia a prueba, realizada precisamente respecto de menores o jóvenes, que en el caso de delincentes adultos.

9) Tampoco desde el punto de vista de la protección frente a delincentes peligrosos para el público en general se hallan puntos de apoyo que hablen en contra de una extensa sustitución de medidas privativas de libertad por medidas no privativas de libertad.

10) Antes bien, las formas represivas de sanción, ante todo la privación de libertad, tienen numerosos efectos secundarios y posteriores perjudiciales tanto para los afectados mismos como para sus allegados, respecto de los cuales hasta la fecha falta la prueba empíricamente fundamentada de que se vean compensados por efectos positivos.

11) Por eso, tanto consideraciones políticas y sociales derivadas de un modelo de sociedad basado sobre el Estado social y democrático, como también consideraciones racionales orientadas hacia criterios referentes a la economía y al lastre de la criminalidad, hablan a favor de una limitación en la intensidad interventora de las penas estatales y de su sustitución por formas ambulatorias de control y asistencia.

12) La consideración de que hoy la ejecución de penas respecto de menores no puede ser razonablemente fundamentada aludiendo a necesidades de educación o resocialización, suscita la pregunta acerca de otros criterios de delimitación de la pena correccional y las alternativas ambulatorias. Junto a una exclusión de principio de los jóvenes de entre 14 y 15 años de edad del derecho penal de menores, entra en consideración una orientación basada en la gravedad del delito.

13) En principio, es válido que la superioridad de las formas de reacción ambulatorias respecto de delincentes juveniles no tenga que fundamentarse empíricamente, sino que, a la inversa, deba aducirse la prueba de la superioridad de la ejecución de penas respecto de menores frente a otras formas de control o tratamiento. Si para ello se ha dispuesto de casi 100 años, pero hasta ahora faltan las pruebas, nada habla en contra de ir lenta y cautelosamente abandonando la situación legal y la práctica actuales del derecho penal de menores.