

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



¿Por qué me castigan?: Modelos punitivos en el Centro Juvenil de
Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita

Tesis para obtener el título profesional de Abogada que presenta

Barbara Beatriz Yulissa Ramos Arce

Asesor:

Julio Alberto Rodríguez Vásquez

Lima, 2023



PUCP

Sistema
de Bibliotecas

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **JULIO ALBERTO RODRIGUEZ VÁSQUEZ**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

¿Por qué me castigan?: Modelos punitivos en el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita.

del/de la autor(a)/ de los(as) autores(as)

BARBARA BEATRIZ YULISSA RAMOS ARCE

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 18%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 10/08/2023
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 11 de abril de 2023**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: RODRIGUEZ VÁSQUEZ, JULIO ALBERTO	
DNI: 70240434	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8754-4611	

RESUMEN

Recientemente la justicia de menores ha recibido mayor atención por parte del Derecho y otras disciplinas, una vez evidenciada la relevancia de los niños, niñas y adolescentes para la sociedad. Sin embargo, las adolescentes en conflicto con la ley penal son uno de aquellos grupos que menos interés ha recibido por parte de la academia, lo cual se evidencia en una ínfima cantidad de trabajos empíricos dedicados a ellas. Los estudios llevados a cabo por el Estado, privados e individuales suelen estar orientados hacia la evaluación cuantitativa, mas no cualitativa, y en todo caso, dirigen su atención a datos acumulables en cifras que no suelen representar la dimensión humana y real de la experiencia de un infractor a través del sistema penal juvenil. Por este motivo decido que el eje de la presente tesis gire alrededor de las experiencias de las adolescentes infractoras en Lima, Perú.

El objetivo de esta investigación es identificar los modelos punitivos aplicados en el supuesto sistema de reinserción del Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación "Santa Margarita" para adolescentes mujeres, partiendo de la hipótesis que se trataría de un modelo predominantemente incapacitador. La primera y segunda parte de la investigación se basa en la revisión de fuentes secundarias acerca de las principales justificaciones de la pena y de las doctrinas y estándares en los que se sostiene el tratamiento de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Finalmente, el tercer capítulo se expone en los resultados obtenidos tras una etnografía llevada a cabo en el mismo centro de diagnóstico.

La conclusión principal de esta tesis es que las políticas del Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita al momento de realizarse la investigación se adhieren a un modelo incapacitador-rehabilitador con la predominancia del primero sobre el segundo.

A mi mentor, AG, quien fue mi guía en tiempos de oscuridad,
a mis padres, por su apoyo y cariño



AGRADECIMIENTOS

Todo comenzó en el año 2015 cuando tuve la oportunidad de visitar el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita a raíz de una monografía realizada para el curso de Sociología del Derecho. Antes de llegar a este punto en la carrera, me encontraba perdida y acechada por la constante pregunta de cuándo y en qué circunstancias el Derecho podría conectarse con la compleja y a veces trágica realidad social de nuestro país. El curso fue una bocanada de aire fresco y el inicio de mi compromiso con una visión interdisciplinaria de esta carrera.

Esta investigación pudo ser realizada gracias al constante apoyo y aliento de mi mentor, AG, quien siempre tuvo fe en mí, aun cuando yo no lo tenía. También agradezco el trabajo de mi asesor, Julio Rodríguez Vásquez, quien me dio la oportunidad de ahondar en el maravilloso mundo de la criminología. Doy gracias a mis padres por darme la oportunidad de llegar hasta aquí.

También estoy muy agradecida con las comunidades de KC y COB, compuesta de decenas de personas de todo el mundo que durante este tiempo me han acompañado y dado su constante compañía y palabras de aliento.

Agradezco a mis dos Marías, María Alejandra y Mariangela, por entender mis vaivenes, siempre creer en mí y siempre estar presentes a lo largo de esta investigación. Gracias, amadas, por todo.

Índice

Introducción	7
Capítulo I: Una aproximación teórica a los modelos punitivos	10
1. Sobre el origen de lo punitivo	10
2. Breve introducción al castigo	11
3. Nociones generales sobre las teorías proporcionalistas	16
3.1 Los modelos retributivos del castigo.....	21
3.1.1 Definición de los modelos retributivos.....	21
3.1.2 Antecedentes de los modelos retributivos	22
3.1.3 Estado y tendencias actuales de los modelos retributivos.....	24
3.1.4 Críticas hacia los modelos retributivos	30
4. Nociones generales sobre las teorías utilitaristas	35
4.1 Definición de los modelos utilitaristas.....	35
4.2 Antecedentes de los modelos utilitaristas.....	36
4.3 Críticas hacia los modelos utilitaristas.....	39
4.4 Los modelos incapacitadores	41
4.4.1 Definición del modelo incapacitador	41
4.4.2 Antecedentes de los modelos incapacitadores	42
4.2.3 Estado y tendencias de los modelos incapacitadores	45
4.2.4 Críticas hacia los modelos incapacitadores	48
4.6 Modelos Rehabilitadores	51
4.6.1 Definición de los modelos rehabilitadores.....	51
4.6.2 Antecedentes de los modelos rehabilitadores.....	51
4.6.3 Estado y tendencias de los modelos rehabilitadores.....	58
4.6.4 Críticas hacia los modelos rehabilitadores	60
4.7 Modelos restaurativos	62
4.7.1 Definición de los modelos restaurativos.....	62
4.7.2 Antecedentes del modelo restaurativo.....	63
4.7.3 Estado y tendencia de los modelos restaurativos.....	64
4.7.4 Críticas hacia los modelos restaurativos	67
5. Conclusiones preliminares	71
CAPÍTULO 2: El “deber ser” de los modelos punitivos aplicables a los niños, niñas y adolescentes según los estándares del Derecho internacional y Derecho Nacional.....	76
1. Cuestiones previas: La aparición del niño y adolescente infractor	76
2. Doctrina de la situación irregular	80

3. Doctrina de la protección integral	87
4. Estándares respecto al tratamiento de los niños y adolescentes infractores de acuerdo a los instrumentos internacionales	93
4.1 La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989	93
4.1.1 El interés superior del niño	99
4.1.2 La adolescencia en los sistemas de justicia juvenil	110
4.1.3 Otros instrumentos internacionales	116
5. Instrumentos nacionales referentes al niño, niña y adolescente infractor	122
5.1 Estado de la cuestión de los modelos de tratamiento de niños y adolescentes infractores.....	130
6. Conclusiones preliminares	134
CAPÍTULO III: Modelos punitivos en el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita (CJDRSM)	139
1. Nociones básicas acerca de las adolescentes infractoras	139
2. Método de investigación	142
3. Nociones generales sobre el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita (CJDRSM)	144
4. Análisis de hallazgos	145
4.1 Condiciones físicas del Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita	146
4.2 Condiciones de las adolescentes privadas de libertad en el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita.....	154
4.2.1 Características generales.....	154
4.2.2 Hallazgos respecto a la salud.....	157
4.2.3 Hallazgos respecto a la educación	166
4.2.4 Hallazgos respecto al castigo y la disciplina	175
CONCLUSIONES	184
BIBLIOGRAFÍA	186
ANEXO 1: TESIS SOBRE ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA LEY PENAL EN EL PERÚ DURANTE LOS ÚLTIMOS DIEZ AÑOS	208
ANEXO 2: DIARIO DE VISITAS	211
Conversación en grupo #1	215
Conversación en Grupo #4	232

Introducción

Mucho se ha escrito acerca del Derecho Penal en los últimos años. Las investigaciones parecen estar más orientadas hacia el imparable avance tecnológico y los peligros que representan, la complejidad de las organizaciones criminales y otros temas que se desglosan de un mundo que está en constante cambio. Sin embargo, mientras una parte del Derecho Penal se encarga de estas transformaciones, existe una importante sección que aún se cuestiona por la manifestación más tradicional de esta rama: la privación de libertad. Incluso dentro de este último campo, la atención suele concentrarse en un grupo determinado de individuos: los adultos que cometen delitos lo suficientemente graves como para ser admitidos en el sistema penitenciario. En este campo que de a pocos ha sido olvidado por las investigaciones desde el Derecho Penal, existe un grupo aún más marginado y que, irónicamente, cuenta con una considerable relevancia para el presente y futuro del país: las adolescentes privadas de libertad.

Esta tesis tiene como objeto enfocarnos en las experiencias vividas por las adolescentes infractoras del Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita, no desde una perspectiva puramente dogmática ni estadística, sino a partir de visitas realizadas a la misma institución durante el año 2015 en donde se realizó una investigación cualitativa siguiendo un método etnográfico y de contacto directo. Estos resultados van a ser analizados a partir de dos puntos de vista: 1) modelos punitivos y 2) estándares nacionales e internacionales respecto a la protección de derechos fundamentales de los adolescentes privados de libertad. El propósito de este estudio es, a partir de la teoría y los resultados de la investigación, concluir cuál es o cuáles son los modelos punitivos predominantes en las medidas socioeducativas privativas de libertad en el caso de las adolescentes infractoras. Busco, pues, ir más allá del discurso institucional y profundizar en lo que nos ofrecen sus historias, anécdotas y experiencias cotidianas.

En el primer capítulo, los modelos punitivos han sido divididos en dos grandes grupos: aquellos pertenecientes a las teorías proporcionalistas y, en segundo lugar, a las teorías utilitaristas. A su vez, el primero se descompone en retributivos tradicionales y neo-retributivos, mientras que el segundo se desglosa en modelos incapacitadores, rehabilitadores y restaurativos. Para poder entender debidamente en qué consisten cada uno de estos modelos, se ha optado por una minuciosa revisión de doctrina tanto nacional como internacional, partiendo su desarrollo en los siguientes campos: 1)

definición, 2) antecedentes, 3) estado actual y tendencias, y 4) Críticas. Soy de la opinión que, en las investigaciones referentes a este tema, se suelen tomar nociones bastante generales y poco detalladas de los modelos punitivos que pueden hacer que el investigador caiga en conclusiones apresuradas o en un análisis intuitivo, por lo que he optado por profundizar en los aspectos históricos de cada modelo.

Por otro lado, el segundo capítulo tiene como finalidad analizar el marco legal y doctrinal en el cual se desarrolla esta investigación. La búsqueda del modelo punitivo predominante en el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita nos lleva, irremediamente, a analizar la relación que existe entre la institución y las adolescentes privadas de libertad, cosa que consiguió exhibir una serie de atropellos a sus derechos fundamentales. Ahora bien, cuando hablamos de adolescentes infractores, nos estamos refiriendo a un grupo históricamente invisibilizado y marginado y que, por estos mismos motivos, requiere de una protección especial, la cual se ha visto plasmada tanto en la legislación nacional como en instrumentos internacionales. Es por ello que en esta segunda sección me encargaré de delimitar qué entendemos por adolescente infractor y el marco en el cual se desarrolla dicho concepto, así como los principios y directrices que acompañan su tratamiento, tanto a nivel nacional como internacional.

Finalmente, el tercer capítulo desarrolla los hallazgos de la investigación a la luz del contenido teórico visto hasta el momento. En ese sentido, el análisis se divide en las siguientes secciones: 1) las condiciones físicas de la institución, 2) hallazgos respecto a la salud, 2) hallazgos respecto a educación y trabajo y, 4) hallazgos respecto a la disciplina y el control. Como se verá más adelante, el análisis de los hallazgos lleva eventualmente a concluir el tipo de modelo punitivo predominante según su nivel de compatibilidad y, de igual manera, a evidenciar qué derechos fundamentales han sido transgredidos en el proceso. A fin de mantener una mejor organización de la información, el capítulo tres contará con los extractos necesarios del diario de visitas, el cual se puede encontrar en su totalidad adjuntado a la presente investigación, en donde se podrán encontrar todos los detalles del trabajo de campo.

Sin embargo, quisiera aprovechar para hacer algunas observaciones respecto a la presente tesis. En efecto, en el primer capítulo hago referencia a una serie de modelos punitivos bastante diferenciados entre sí, sin embargo, esto de ninguna manera niega la existencia de teorías que integran más de un modelo. Como se mencionará más adelante, el motivo detrás de desarrollar cada modelo punitivo como conceptos

independientes es didáctico; una vez entendido en qué consiste cada una de la manera más detallada posible, será posible analizar cómo dos o más conviven en la realidad. Es más, esta investigación llega eventualmente a la conclusión que los modelos punitivos existen y se nutren entre sí dentro de algunos instrumentos e instituciones.

Siempre tuve un interés por el estudio de los adolescentes infractores, sobre todo si tomamos en cuenta que es un grupo tan diverso y tan complejo, que el Derecho Penal tradicional, dogmático y abundante en teoría, no parece ser suficiente para estudiarlo. Sin embargo, también soy creyente en la existencia de un Derecho Penal diferente, interdisciplinario y que muestre interés por la situación en la que se encuentran grupos histórica y sistemáticamente apartados del foco social. Es por ello que esta tesis cuenta con fuentes no sólo de naturaleza jurídica, sino también desde la psicología, la sociología y la criminología. Tengo la seguridad que abrir puertas hacia un diálogo interdisciplinario es la mejor manera que el Derecho consiga estudiar los fenómenos sociales de manera certera y, en lo posible, lo más ajustada a la realidad.

Ahora bien, una revisión de las investigaciones sobre adolescentes infractores durante los últimos diez años¹ nos demostrará que hay un patrón en cuanto a la temática: factores jurídico-sociales, mecanismos de justicia restaurativa y reincidencia. Sin embargo, también tienen otra característica en común y eso es la falta de interés por *las* adolescentes infractoras. Esta aparente ausencia de interés por ellas también fue fuente de motivación para realizar la presente tesis. Hablar de adolescentes infractoras es hablar de emociones, ideas, personalidades únicas, metas y sueños que muchas veces suelen ser limitados y a veces aplastados por el sistema de privación de libertad. En ese sentido, considero que difundir estudios acerca de sus experiencias e historias es vital para mejorar las condiciones en las que viven. Finalmente, sólo decir que tengo la esperanza que la presente investigación sirva para este propósito.

¹ Ver Anexo 1.

Capítulo I: Una aproximación teórica a los modelos punitivos

1. Sobre el origen de lo punitivo

Pecado, desviación, delito: muchos han sido los términos utilizados para referirse a aquellas conductas que atentan contra el orden y que han protagonizado inagotables debates, sobre todo, en el campo del Derecho y la Criminología. Mariano Ruiz Funes (1944), siguiendo las palabras del penalista italiano Vincenzo Lanza, asegura que “el deseo de castigar no es otra cosa (...) que la transformación del miedo y de la cólera” (p.57), y nadie dudaría en admitir que lo que conocemos como delito, suele despertar una vorágine de profundas emociones. En los tribunales se ha procurado separar lo jurídico de lo afectivo con el propósito de apartar al Derecho moderno de su *antecesor*, un Derecho violento, vengador, primitivo. Venimos de una tradición en donde se ha formado una barrera entre lo emocional y lo jurídico, donde las pasiones deben ser desterradas a un espacio caracterizado como arcaico, primitivo. Hasta la fecha, los legisladores intentan eliminar el tufo de la venganza de las leyes y códigos penales, sin ser capaces de extirpar por completo la gran carga emocional que subyace al crimen². Sin embargo, por más que intentemos crear estas barreras, es imposible deshacernos por completo del pasado.

Siglos de relatos sobre el horror vivido en procesos penales y prisiones consiguieron que distintas disciplinas se dedicaran a estudiar y criticar el sistema de justicia y desde entonces se habla de una crisis del castigo. No obstante, para autores como Bennet (2008), a la fecha nos encontramos ante una crisis del significado: víctimas, funcionarios y privados de libertad no tienen en claro cuál es el propósito del sistema del que forman parte, cuál es el propósito general de la justicia penal y si es que el discurso oficial resulta convincente (p. 13). Se trata, pues, de una crisis de modelos punitivos: a quiénes, cuándo, de qué manera y con qué fin se debe intervenir mediante el castigo.

En este primer capítulo se desarrollarán cuatro modelos inspirados cada uno en un tipo de filosofía del castigo respectivamente. Se advierte que la sistematización de

² Al respecto, MARGOLIN (1933) realiza un excelente análisis sobre el elemento de la venganza en el castigo de los sistemas penales modernos.

los modelos punitivos es altamente diversa dependiendo de la perspectiva desde la cual se les estudia; algunos ejemplos son las categorías proporcionalistas, dualistas, unitarias, absolutas, consecuencialistas, entre otras. No obstante, este trabajo decide partir desde la clasificación que realizan los profesores Terance Miethe y Hong Lu, quienes, mediante investigación histórica y comparativa, proponen cuatro tipos de modelos punitivos, cada uno inspirado en una corriente filosófica del castigo: retributivo, incapacitador, rehabilitador y restaurador.

Antes de desarrollar cada una de esas categorías, es importante recordar que al hablar de los modelos punitivos no nos movemos en un plano puramente jurídico. Como se verá más adelante, y muy a pesar de la rigidez de la disciplina en sí, el Derecho Penal no debe ni puede ignorar las distintas teorías sobre los comportamientos que son castigados: delito, desde el ámbito jurídico, y conducta desviada desde las Ciencias Sociales. Tal como mencionan los juristas Hassemer y Muñoz Conde (1989), todos debemos reconocer los efectos colaterales de la administración de justicia penal, las “consecuencias secundarias negativas” (p. 56) y que ni siquiera son –ni pueden- ser previstas por el sistema. El delito y su sanción, entendidos desde la tradicional noción “jurídico-formal, normativa y estática” (García Pablos de Molina, 2008, p.62), resulta ser insuficiente. Es necesario, entonces, analizar los modelos punitivos entendiendo al castigo como fenómeno social y no como mera construcción jurídica.

2. Breve introducción al castigo

El castigo es un concepto difícil de definir y que ha mutado constantemente en el tiempo. Para Miethe y Lu (2005), es “la respuesta universal al crimen y a la desviación en todas las sociedades” (p. 1), para Golash (2005), “la imposición deliberada de daño en respuesta a una mala acción” (p. 1) y para Giddens (1998), “cualquier tipo de reacción por parte de los demás ante el comportamiento de un individuo o grupo con el fin de garantizar que se cumpla una determinada norma” (p. 232). Dependiendo del punto de vista, las definiciones del castigo pueden variar ampliamente y, en ocasiones, tomar de antemano una serie de valoraciones morales o pecar de intuitiva. Una buena definición del castigo debe de contar con tres características centrales, ser: precisa, ilustrativa y neutral. Para Boonin (2008), el primer elemento consiste en una correcta delimitación del concepto, el segundo en una debida motivación independiente y, finalmente, la neutralidad, la cual se refiere a la permisibilidad moral del castigo (p.4-5).

Son similares las características acuñadas por Hart y Rawls en la década de los cincuenta respecto a una adecuada *teoría del castigo*. Ambos autores consideraban que la definición y justificación del castigo son ideas completamente diferentes y que la primera debía mantenerse siempre *neutral*. La justificación, por otro lado, debía diferenciar al castigo como *institución* y como *praxis*, además de hacer referencia a un conjunto de reglas. Finalmente, la puesta en práctica del castigo debe ser justificada por consideraciones pasadas o futuras; en el primer caso, el castigo es tomado como un bien en sí mismo y en el segundo, la *praxis* se manifiesta según sus posibles consecuencias (Bedau y Kelly, 2017). Es así que el castigo se compone de los siguientes elementos:

1. El castigo es un acto autorizado, no un daño fortuito o accidental.
2. El castigo se constituye imponiendo alguna carga o por alguna forma de privación o reteniendo algún beneficio.
3. El castigo es una institución humana, no un evento natural fuera de los propósitos, intenciones y actos humanos.
4. El castigo se impone a las personas que se cree que actuaron de manera incorrecta.
5. En la práctica del castigo, ningún propósito u objetivo explícito se construye por definición.
6. La mayoría de nosotros aprendemos sobre el castigo mucho antes que cualquier encuentro con la ley. (2017)

Queda claro que el detonante del castigo es una acción valorada negativamente por el individuo o el grupo encargado de establecer las normas, las reglas o los principios de convivencia. Para el Derecho, esta conducta es el delito. Siguiendo la clásica teoría tripartita, este es definido como “el comportamiento antijurídico amenazado con pena y determinado en sus caracteres por el tipo de una ley penal, que el autor ha realizado de modo culpable” (Jescheck y Weigend, [1995] 2014, p.19). Penalistas como Bacigalupo (1996) sostienen que la definición del delito dependerá “si lo que quiere caracterizarse son los comportamientos punibles o los merecedores de pena. El primero dio lugar a un llamado concepto *formal* del delito, mientras el segundo fue designado como concepto *material* del mismo” (p. 8). Sin embargo, ambos, con el desarrollo de nuevos métodos de interpretación de la ley penal, dejaron de considerarse entidades separadas.

Un simple repaso de la mayor parte de los manuales de Derecho penal deja en claro que la definición parece partir, permanecer y dirigirse hacia sí misma. Este, entre otros, es el caso de Muñoz Conde y García Arán (1998), quienes en 1998 afirman, quizá con demasiada dureza, que “todo intento de definir el delito al margen del Derecho penal

vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico para hacer filosofía, religión o moral” (p. 220). En efecto, el Derecho penal viene utilizando una definición *jurídica-formal, normativa y estática* del delito en cuanto “se sirve de un concepto (...) impuesto por exigencias ineludibles de legalidad y seguridad jurídica” (García Pablos de Molina, 2008, p.62). No obstante, es importante hacer una aclaración al respecto.

Las teorías que explican el delito son diversas y han pasado por una serie de cambios a lo largo de la historia del Derecho penal. Estos límites del concepto de delito se mantienen en la actualidad aún a pesar de haber abandonado el viejo paradigma positivista, el cual proponía la “reivindicación de la expresión lingüística determinable, en especial de la palabra escrita, como la forma propia del derecho, para así diferenciar lo jurídico de lo moral” (Botero-Bernal, 2015, p. 63). Tras “su proyección sobre las denominadas ciencias del espíritu (...) [el] positivismo jurídico, como reacción frente al derecho natural, solo atiende y reconoce las normas publicadas en un Estado” (Peña y Almanza, 2010, p.25). Este movimiento influyó especialmente en el derecho penal alemán e italiano, siendo su influencia mucho más fuerte en el segundo, bajo las construcciones teóricas de Francesco Carrara (Baratta 1986, p. 29). Actualmente el Derecho penal es estudiado, criticado y reformulado desde otras corrientes que ya dejaron atrás al positivismo del siglo XIX, como es el caso del post-positivismo, post-positivismo constitucionalista, post-positivismo crítico, post-positivismo normativo, entre otros (Marquisio 2017, p.864). Finalmente, aunque cuenta con su propia diversidad de perspectivas, el Derecho penal en sí resulta insuficiente para realizar un análisis amplio y profundo al fenómeno del crimen.

En efecto, “cualquier explicación satisfactoria de la naturaleza del delito” afirma Giddens (1998), “debe ser sociológica porque la definición de delito depende de las instituciones sociales de una sociedad” (p. 235). Para las Ciencias Sociales, la acción valorada negativamente que el Derecho denomina *delito*, es la *conducta desviada*. Miethe y Lu (2005) toman en cuenta este giro disciplinario al definir al castigo como “la respuesta universal al crimen y la desviación en todas las sociedades” (p. 1); pero ambas categorías son distintas. La desviación es generalmente definida como “una categoría artificial y contingente que se aplica con cierto objetivo a un individuo o grupo de ellos, y que se deriva de la creación previa de un conjunto de reglas que nos ayuda a identificar la diferencia de lo que se considera normal” (López, 2016, p.199) o como “la falta de conformidad con una serie de normas dadas, que sí son aceptadas por un número significativo de personas de una comunidad o sociedad” (Giddens, 1998, p. 231). Esta ha sido ampliamente estudiada por un sinnúmero de autores de distintas asignaturas,

especialmente la Sociología. Encontrando inspiración en los trabajos de Durkheim y su desarrollo en las obras de Merton, está la teoría estructural-funcionalista de la anomia, la cual afirma que la desviación es un fenómeno normal en toda sociedad, no encontrándose en factores naturales o bioantropológicos y que es algo necesario para el desarrollo sociocultural de una comunidad (Baratta, 1986, p. 56-57).

Algunos sostienen que toda desviación necesita un cuerpo normativo que la identifique como tal, otros que esta puede darse de manera intermitente dependiendo del tiempo y espacio en el cual se desarrolle. En cuanto a las causas, algunos prefieren centrarse en el aspecto individual y psicológico, mientras que otros, como es el caso de Durkheim y Merton, argumentan que la desviación es una consecuencia del mal funcionamiento de la sociedad (López, 2016, p. 198). Sin embargo, el planteamiento más importante de todos es el de Howard Becker. Becker, “desechando las definiciones estadísticas, médicas, funcionalistas y relativistas, afirma que la desviación es una creación social en tanto los grupos sociales crean la desviación al establecer las normas cuya infracción constituye una desviación y al aplicar esas normas a personas en particular y etiquetarlas como marginales”. (Sancho, 2014, p. 71). No obstante, autores como García-Pablos de Molina sostienen que hoy en día la academia ha abandonado tanto las nociones estrictamente jurídicas como las estrictamente sociales, ya que presentan diversas limitaciones; por ello, se suele optar por el valor *instrumental* del concepto de delito³. El análisis criminológico, que representa la manera más plural y adecuada de abordar el castigo para fines de la presente investigación, lo contempla:

(...) no sólo como comportamiento individual, sino, sobre todo, como problema social y comunitario, entendiendo esta categoría acuñada en las ciencias sociales de acuerdo con su acepción originaria, con toda su carga de enigma y relativismo. Porque, según pusieron de relieve Oucharchyn-Dewitt y otros, un determinado hecho o fenómeno debe ser definido como *problema social* sólo si concurren en él las siguientes circunstancias: que tenga una incidencia masiva en la población; que dicha incidencia sea dolorosa,

³ La Criminología clásica, dócil y sumisa a las definiciones jurídico-formales de delito, hizo del concepto de delito una cuestión (sic) metodológica prioritaria. No así la moderna Criminología, consciente de la problematización de aquel, que se interesa, ante todo, por otros temas de mayor trascendencia como, por ejemplo, las funciones que desempeña el delito como indicador de la efectividad del control social, su volumen, estructura y movimiento (...) Hasta tal punto ha perdido interés el debate academicista sobre el concepto criminológico del delito que un sector doctrinal sugiere utilizar el que más responda a las características y necesidades de la concreta investigación criminológica. Así, cuando esta persiga estudiar cuestiones jurídico políticas relativas a la descriminalización procedería operar con un concepto material de delito. Por el contrario, si se trata de analizar el volumen, estructura y movimiento de criminalidad, deberá tomarse como punto de partida la definición jurídico penal (formal) del delito. (García-Pablos de Molina, 2008, p.63).

aflictiva; persistencia espacio-temporal; falta de un inequívoco consenso respecto a su etiología y eficaces técnicas de intervención en el mismo y conciencia social generalizada respecto a su negatividad. (2008, p. 63)

Una vez que entendemos que el castigo es el resultado de una conducta entendida de manera “empírica, real y dinámica” (2008, p. 62), podemos pasar a las posibles justificaciones del mismo. Volviendo con Bedau y Kelly (2017), este ejercicio requiere de: 1) establecer los objetivos al perpetuar el castigo, 2) demostrar que en la práctica se alcanzan estos objetivos, 3) probar que el castigo (la intervención punitiva) es la única manera de alcanzar dichos objetivos de manera eficiente y equitativa, y 4) evidenciar que el esfuerzo por alcanzar estos objetivos mediante la imposición de privaciones está justificado. Existen diversos modelos punitivos que buscan darle una justificación al castigo, los cuales están directamente vinculados con el abundante debate, hasta ahora vigente, sobre las teorías de la pena.

Sin embargo, si tuviéramos que elegir un punto de partida, este sería la división tradicional que mencionan Jescheck y Weigend ([1995], 2014) “los dos pensamientos fundamentales desde los que puede ser desarrollado el sentido de la pena son la *retribución y la prevención*” (p. 98). Ambos sentidos son llamados de distintas maneras dependiendo del autor y de la perspectiva desde la cual se les analice, pero, para fines del presente trabajo, la división más didáctica es aquella que separa a las teorías proporcionalistas⁴ y consecuencialistas⁵. A pesar de lo mencionado, es importante recordar que, si bien hasta la fecha se habla de una polarización entre estos dos extremos y, en el caso concreto de la teoría de la pena, de las teorías relativas y absolutas, esta dicotomía poco a poco va cayendo en desuso (Jakobs 2006: 87-88). Serra (2015) hace una diferencia mucho más simple entre ambas que será de utilidad al momento de desarrollar las distintas variantes dentro de cada una, las cuales paso a sistematizar (p.8):

CUADRO N° 1

COMPARACIÓN ENTRE TEORÍAS PROPORCIONALISTAS Y CONSECUENCIALISTAS

Teorías Proporcionalistas – Absolutas - Retribucionistas	Teorías Consecuencialistas – Relativas - Utilitaristas
---	---

⁴ También llamada directamente como *retributiva*. Sin embargo, para evitar confusiones con el modelo punitivo retributivo, he optado por la denominación de *proporcionalista* utilizada por Cid (2009).

⁵ “Deontológica” para Bedau y Kelly y “utilitarista” para Boonin y Betegón Carrillo, “instrumentalista” para Bennet.

Miran hacia el pasado: configuran la pena como respuesta al hecho antijurídico cometido	Miran hacia el futuro: configuran la pena como medio de evitación de delitos.
Se refieren a la necesidad de la pena	Se refieren a la utilidad de la pena
La pena como un mandato moral o ético (de justicia, de merecimiento)	La pena justificada por los efectos positivos para la sociedad (para prevenir el delito o reeducar a los delincuentes).

Fuente: Elaboración propia

Finalmente, antes de iniciar con las teorías proporcionalistas, debe tomarse en cuenta que, tal como menciona el profesor Materni (2013), es un error considerar que las filosofías del castigo pueden dividirse o diferenciarse en *absolutos*. Citando el mismo juego de palabras que utiliza en sus clases: “Decir siempre, siempre es un error” (p. 365). Esto significa que las divisiones que realice a partir de ahora, comenzando por la dicotomía entre proporción y consecuencia, absoluto y relativo, retributivo y utilitarista, no es más que un recurso para facilitar su desarrollo. En la práctica, las diversas teorías del castigo y modelos punitivos se encuentran en constante comunicación, se influyen entre sí, se unen para formar nuevas corrientes y fórmulas para enfrentar el tratamiento del delito y del delincuente.

3. Nociones generales sobre las teorías proporcionalistas

En el capítulo 24 del libro de Levítico, Antiguo Testamento, se enuncia: “Si un hombre hiere a su prójimo, según hizo, así se le hará: fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente; según la lesión que haya hecho a otro, así se le hará”. La base de lo que entendemos por retribución nos lleva, entonces, a las primeras sociedades y, por tanto, a las maneras más básicas y terrenales del castigo. Ya mencionaban Jescheck y Weigend ([1995], 2014), que el origen de lo que el Derecho penal entiende como *pena*, “reside en la oscuridad de creencias mágicas dominantes en la antigüedad” (p. 95). Las teorías proporcionalistas consideran que “el criterio principal para determinar la sanción que imponer a una persona es la gravedad del delito cometido. Se parte de la idea que debe haber una escala de los castigos, de menor a mayor gravedad, que se corresponda con una escala de gravedad de los delitos” (Cid, 2009, p. 29-30). En esta corriente punitiva, se “asume que el castigo de una persona que es responsable de algún mal es algo bueno en sí mismo” (2009, p.14). Sin embargo, cuando esta teoría es asumida como modelo punitivo, es tradicionalmente entendido como algo “extraído de nuestras tradiciones teológicas del juicio final de Dios sobre todos los pecadores [en donde] cada persona debe soportar un nivel de sufrimiento que esté en proporción exacta a su nivel

de iniquidad moral” (Murphy y Lehrer 1992, p. 22). Es decir que, por lo menos en un primer momento, hablar de la retribución nos lleva a una etapa *arcaica* del castigo, cuando aún no podía hablarse de un Derecho penal tal como lo conocemos hoy en día.

En un principio, el castigo puramente retributivo se llevó a cabo en *periodo primitivo*, previo al Derecho penal moderno, el cual se basó en la ejecución de mecanismos que contaban con un “esencial carácter vengativo, haciéndose extensivo la mayor parte de veces, a los parientes y miembros del grupo al que pertenecía el ofensor” (Bradley, 2003, p. 147-148). Enrico Ferri, uno de los clásicos de la criminología positivista, señala que este tipo de prácticas pueden verse en las comunidades de tipo “primitivas-religiosas” en donde lo primitivo se refiere a “la mera reacción de defensa y de venganza, individual y social y diferida”, mientras lo religioso comprende “la venganza ejercida en nombre de la divinidad” (Ruiz Funes, 1944, p. 180). Esta etapa, entonces, se caracteriza por el fenómeno de *la venganza privada*.

Posteriormente, se da un sutil pero valioso desarrollo respecto a la arbitrariedad del uso de la violencia. El concepto de *comunidad* adquiere particular importancia en la siguiente etapa de las prácticas retributivas, ya que “al consolidarse el gobierno patriarcal, aparecen las primeras manifestaciones del Estado como fuente de poder y de coerción sobre el grupo” (Peña Cabrera, 1995, p. 150). Es así que pasamos de una venganza privada a una *pública*, entendida como la aplicación del poder punitivo ya no por parte de los propios miembros de la colectividad, sino por sus líderes o representantes. Es decir, cuando la delimitación y aplicación del castigo deja de ser un tema privado y pasa a manos de una jerarquía más perfilada de gobernantes y gobernados, este se vuelve un asunto público.

Un claro ejemplo de esto es lo ocurrido con Babilonia, un Estado monárquico-religioso, en donde se aplicó el Código de Hammurabi, que sería constantemente citado hasta nuestros días bajo el rótulo de *lex talionis*. Estos bloques de piedra que guardaban 250 leyes en forma de artículos, representan uno de los documentos jurídicos más antiguos de la Historia. El Código de Hammurabi es famoso no solo por su relevancia histórica, sino por el contenido de sus penas, las cuales incluían desde ser arrojado al fuego, hasta perder ambas manos o una oreja (Franco, 1962, p. 345-354). Hasta la fecha, es el caso más citado cuando se habla de los retribucionistas: “antiguos y modernos, siempre han sido atraídos por una u otra forma de *lex talionis* (Davis 1992), a pesar de las objeciones que datan desde los tiempos post bíblicos hasta el presente (Walker 1991)” (Bedau y Kelly, 2017).

Con cientos de culturas que se extinguieron y otras que sobrevivieron a los caprichos del tiempo, el Siglo XVIII trajo consigo un Derecho penal, que, pese a los cambios radicales, mantenía rasgos de sus primeras etapas, estando la legislación criminal de esta época caracterizada por el despotismo, la manipulación del sistema jurídico para el beneficio de las clases dominantes y, sobre todo, la popularidad de cruentos castigos corporales. Hasta antes de la Ilustración en el Siglo XVIII, el delito y el sentido de la pena, estaban cargados de un sentido religioso, predominantemente visceral y sin un horizonte claro acerca de los límites del castigo. “Todavía en 1790, es decir, unos años antes de que se promulgara el *Code Pénal*, en Francia se contaban 115 crímenes castigados con la pena de muerte, número que, sin embargo, era ampliamente superado en Inglaterra por el llamado *Código sangriento (...)*” (Prieto, 2007, p. 20). Un ejemplo fue lo ocurrido en 1757 con la ejecución de Damians, el regicida, quien fue desmembrado por cuatro caballos después de haber recibido azufre y plomo derretido sobre el cuerpo en las puertas de la Iglesia de París (Foucault, 2002 [1975], p. 6). La crueldad de los castigos de la época ocasionó que los nuevos debates filosóficos se concentraran en las limitaciones del *ius puniendi*.

Visto de esta forma, podemos entender que “la cuestión cardinal no reside en el fin o justificación de la pena, sino, más propiamente aborda la legitimación del Derecho penal” (Peña Cabrera, 1995, p. 108). Las críticas y formulaciones acerca del castigo eventualmente se dirigían a un cambio en la noción del *ius puniendi*: estudiar la historia del Derecho Penal es también entender cómo funciona y cambia el Estado. Hay, pues, una transformación en lo que fue en algún momento el delito como un atentado contra la comunidad y la pena, una manera de castigar al hombre por atentar contra la misma. “De ese modo, y en un sentido similar a lo que Costa describe a propósito del *proyecto jurídico iluminista* (1974), el ‘poder de castigar’ se afirmará, políticamente, sobre la ideología contractual” (Rivera, 1998, p.15). En ese sentido:

La retribución fue originariamente portadora de emociones fuertes, una relación puramente negativa frente al hecho delictivo. Sin embargo, el concepto de retribución ha sufrido un cambio muy profundo desde la Ilustración del Siglo XVIII. De acuerdo con ello, para la retribución la pena significa hoy en día la respuesta a un injusto culpable y, por ello, debe ser equivalente al principio de la justicia distributiva. Así pues, la retribución nada tiene que ver con la venganza, con bajos sentimientos de odio o caprichosas agresiones represivas de la sociedad, sino que es un principio de medida. Según el pensamiento retributivo el hecho cometido determina el motivo y la medida de la pena. (Jescheck y Weigend, [1995] 2014, p. 99)

Entonces, bajo esta nueva óptica, el sentido de la proporción pasa a ser el centro de atención. Al seguir la historia de esta teoría del castigo, es a partir de este momento que comenzamos a hablar de lo que en el Derecho penal llamamos las *teorías absolutas* de la pena. Como menciona Peña Cabrera (1995), la aparición de la retribución como el eje de la pena significó que “el hombre se desprende de la voluntad divina para ser él mismo su propio regulador” (p. 116). Han sido muchos los autores defensores de la retribución: Platón, Dante Alighieri, Tomas de Aquino, Leibniz, Vico, entre otros (Morselli, 1995, p. 265), pero los dos teóricos defensores de las teorías absolutas, por antonomasia, son Kant y Hegel. Para Kant, “el ser humano es, ante todo, libre (...) cuando el hombre hace mal uso de su libertad, se hace acreedor –en justicia- de un mal que es representado por la pena. Se esbozan así los fundamentos de la *retribución moral*: la pena (y el derecho penal) pasa a ser un imperativo categórico” (Rivera, 1998, p. 18). Es así que, en la visión kantiana, “el Derecho penal (...) es el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquél que le está sometido, de imponerle una pena por su delito” (Durán, 2011, p. 96). Kant es conocido por ejemplificar este punto mediante la historia de la isla⁶. Siguiendo a Rivera (1998):

En esta visión del idealismo alemán ha de entenderse *el modelo kantiano de la pena*: la respuesta penal nunca puede constituir un *medio* para conseguir un bien (sea éste el bien del infractor o el de la sociedad). Por el contrario, *la pena es un fin en sí mismo*; concebir lo contrario supondría tratar al hombre como un instrumento puesto al servicio de determinados fines, menoscabándose así su dignidad humana y acercándolo a la categoría de un animal o confundiéndolo con los objetos de los derechos reales. Como indica Roxin, Kant siempre acentúa que no se trata en primer lugar de obtener “utilidades” de la pena para el autor (o sus conciudadanos) sino que, lo decisivo, ha de ser la proporcionalidad con el anhelo de la pura y estricta justicia. “Todo el pathos” del idealismo alemán está en la tan citada frase: cuando se infringe la justicia no tiene valor que los hombres vivan sobre la tierra (1992:10-12) (p. 19)

A pesar que hoy en día una visión puramente kantiana resultaría harto criticable, esta, en su momento, aportó positivamente a la teoría de la pena. Como resumiría

⁶ La pena judicial no puede nunca imponerse simplemente como medio para el delincuente mismo o para la sociedad, sino que tiene que imponerse en todo momento contra el delincuente porque ha delinquido. Para negarle a la pena connotaciones de prevención general, pone [Kant] el ejemplo de la disolución de la comunidad de una isla: incluso si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverse, por ejemplo, si la población que habita una isla acordara que cada uno tirara por su lado y esparcirse por el mundo, antes de que ello se llevara a cabo, debería ejecutarse el último asesino que estuviera en prisión, para que todo el mundo supiera el trato que merecen sus hechos y no recaiga la responsabilidad sobre el pueblo que no insistió en el castigo. (Peña Cabrera 1995: 116)

Bacigalupo (1996), la visión proporcionalista-kantiana, “impide sacrificar al individuo en favor de la generalidad” (p. 13), cosa que sí ocurre en las teorías utilitaristas que desarrollaremos más adelante. Kant, por tanto, pone sobre la mesa “la idea del libre albedrío o de la libertad de voluntad del hombre, ya que, en sus postulados jurídico penales, y en su filosofía general, está siempre presente la posibilidad de que el hombre cometa un delito, haciendo un mal uso de su libertad” (2011, p. 97). El segundo autor más importante cuando hablamos de esta corriente es Hegel. Materni (2013) realiza una síntesis adecuada de la noción hegeliana de retribución al mencionar que:

Hegel está de acuerdo con Kant en que el castigo es igual a la retribución. Hegel, sin embargo, va un poco más lejos que Kant, y se molesta en brindarnos una justificación metafísica para la retribución: la retribución, dice Hegel, es la “infracción de la infracción”. El razonamiento de Hegel es el siguiente: un delito es una infracción derechos; esta infracción se borra por la infracción, causada por la imposición del castigo, de los derechos del delincuente y, en particular, de su derecho a la libertad. Esta teoría del castigo se resume de manera efectiva en la expresión bien conocida de que “equivocado es la negación de lo correcto, el castigo es la negación de esa negación”. (p. 273)

La pena representa para Hegel “la verdadera conciliación del derecho consigo mismo” (1968 [1843], p.194). Finalmente, sólo queda decir que las formulaciones de ambos autores serán de vital importancia para el desarrollo de las teorías retributivas, llegando hasta los autores neo-retribucionistas que veremos más adelante.

Quisiera resaltar el propósito del reciente acápite: es de mi mayor interés que haya quedado claro que la corriente retributiva va a cargar, pese a sus reformulaciones y adaptaciones que se desarrollarán luego, con la tradición de la venganza privada y pública. Posteriormente se verá que muchas críticas hacia los modelos retributivos y neo-retributivos subyacen en la fuerza que tiene lo que llamo la tradición de la violencia, lo cual no permite apreciar que este tipo de modelos han pasado por un proceso que busca establecer criterios y justificaciones que van más allá de lo emocional o lo ritual. Dicho esto, en el siguiente apartado, desarrollaré qué entendemos por los modelos retributivos, cuáles son sus antecedentes, las últimas tendencias respecto de los mismos y, finalmente, las críticas que se le formulan. El propósito de esta división es, como se mencionó anteriormente, demostrar que no existen absolutos en cuanto a los modelos punitivos y es vital apreciar que cada uno, independientemente de su aceptación o rechazo en los sistemas penales actuales, es lo suficientemente diverso como para ser criticado y reformulado.

3.1 Los modelos retributivos del castigo

3.1.1 Definición de los modelos retributivos

En principio, el modelo retributivo considera que “el criterio principal para determinar la sanción que imponer a una persona es la gravedad del delito cometido. Se parte de la idea que debe haber una escala de los castigos, de menor a mayor gravedad, que se corresponda con una escala de gravedad de los delitos” (Cid, 2009, p. 29-30). De igual manera, Bennet (2008) menciona que el modelo retribucionista “asume que el castigo de una persona que es responsable de algún mal es algo bueno en sí mismo” es decir, “ve el castigo como justificado de alguna manera por derecho propio: por ejemplo, como necesario para reivindicar o vengar a las víctimas; o para restaurar la justicia; o para expresar la indignación justificada de personas razonables” (p. 14). Sin embargo, para evitar caer en la versión más simplista y cuestionable de este modelo que puede verse profundamente influenciado por la subjetividad, debemos recordar que la retribución analiza al delito a partir de una “correspondencia objetivista entre el delito y la pena” y que la idea de la proporcionalidad es permanente, entendiendo esta como aquella que prescribe la equivalencia entre el delito y la pena, sin que pueda imponerse una pena menor o mayor a la que corresponda. (Serra, 2015, p.14-19). Además de la proporcionalidad, todas las versiones del retribucionismo cuentan con ciertos principios fundamentales y tres presupuestos inmanentes. Respeto a los primeros, Durán Migiliardi (2011) distingue a 1) la pena como compensación de la culpabilidad del autor, 2) la pena como fin en sí misma y 3) la asunción que hay verdades absolutas y anteriores al hombre (p. 95-96). En cuanto a los tres presupuestos mencionados, estos forman parte del desarrollo que realiza Jeschek ([1995], 2014), acerca del pensamiento de la retribución:

El pensamiento de la retribución descansa sobre tres supuestos inmanentes: El primero consiste en la necesidad de que por lo general el Estado pueda justificar su legitimidad para imponer al culpable, por medio de la pena, lo que se ha merecido; esto es sólo posible si es reconocida la superioridad moral de la comunidad frente al delincuente. El segundo supuesto de la retribución consiste en que exista una culpabilidad que resulte graduable según su gravedad. Y en tercer lugar, la retribución presupone que es básicamente posible armonizar de tal forma el grado de culpabilidad y la extensión de la pena que el juicio de la colectividad al autor se tenga por justo. (p.100)

Por otro lado, a partir del desarrollo de Von Hirsch y Finckenauer, podemos decir que la retribución cuenta con dos propósitos: “uno se preocupa por restaurar el sentido

de la justicia a través de una compensación proporcional del delincuente (retribución como simple *merecimiento*⁷, mientras que el otro comprende un uso menos constructivo del castigo, volviendo el mismo hacia el agresor y haciéndole sufrir (retribución como venganza)". Es decir, en el primer caso, el delincuente devuelve los daños y la justicia se restaura a través de la proporcionalidad y el proceso justo, mientras que en el segundo, las personas quieren castigar no solo para obtener el equilibrio (para restablecer el equilibrio) sino también para tomar represalias. (Gerber y Jackson, 2013, p. 62-63). Sin embargo, sería injusto reducir la filosofía retributiva a un mero ojo por ojo. Es más: el retribucionismo como modelo punitivo, contrario a la creencia popular, ni siquiera es exclusivo del derecho penal. Como bien aciertan Miethe y Lu (2005), esta es aplicable a sanciones desde otras áreas del derecho e inclusive de manera informal. Algunos ejemplos son el principio de responsabilidad en el Derecho Civil, los decomisos de activos, revocación de licencias, órdenes de cese y desistimiento en el caso del Derecho Comercial, entre otros (p. 16). Habiendo dicho esto, pasaré a mencionar los antecedentes de los modelos retribucionistas, lo cual puede ayudar a entender su definición actual como el resultado de un proceso histórico.

3.1.2 Antecedentes de los modelos retributivos

El retribucionismo fue "la base principal para las prácticas de sentencia penal en gran parte de Europa occidental en el siglo XIX" (Miethe y Lu, 2005, p. 15). Según el filósofo Walen (2016) "el atractivo de la justicia retributiva como teoría del castigo se basa, en parte, en el apoyo intuitivo directo al sostener que es mejor que las demás alternativas del castigo, y, por otra parte, en los argumentos que lo vinculan con profundos principios morales". Esta corriente del castigo, que fue "preconizada por la atávica y primigenia Ley del Talión y corregida y actualizada entre el Siglo XVIII y principios del XIX por los postulados del idealismo alemán" (Serra, 2015, p. 13), siguió siendo objeto de distintas reformulaciones hasta la fecha, absorbiendo los diversos aportes de la criminología y el derecho penal.

Si observamos el pasado de los modelos retributivos, vemos que "desde los inicios de la era victoriana, el desprestigio del retribucionismo había ido en aumento, tal vez injustamente, pues se lo consideraba una victoria poco científica de los sentimientos de venganza" (Braithwaite y Petit, 2015, p. 18). Esta crítica hacia el retribucionismo es

⁷ En inglés, se usa el término *dessert*, el cual se refiere a la condición de una persona de merecer un trato o consecuencia, ya sea positiva o negativa.

bastante usual y se irá repitiendo a lo largo de su historia, pues tampoco es novedad que hasta muy entrados en los desarrollos doctrinarios modernos, como en el caso de España, la retribución continuó percibiéndose como “un fin salvaje, primario, propio del pensamiento absolutista previo a la Ilustración, al imperio de la razón” (Serra, 2015, p. 21). Fue este inicial rechazo a la retribución lo que ocasionó la posterior aparición de los modelos punitivos *consecuencialistas* a partir de las formulaciones de autores como Beccaria, Bentham, Von Liszt, entre otros.

Sin embargo, el entusiasmo de las teorías consecuencialistas (también llamadas utilitarias) no duró mucho. Como menciona Morselli (1993), el desarrollo de las ciencias sociales y la psicología, así como la criminología, atribuyeron una función preventiva a la pena, la cual entró en tendencia hasta que las propias investigaciones y publicaciones científicas demostraron, alrededor de los años setenta, el fracaso de los modelos rehabilitadores y reeducadores (p. 266-267). La corriente orientada hacia la prevención y la *utilidad* del castigo tampoco satisfizo totalmente a los estudiosos de la pena. Es por ello que, siguiendo a Braithwaite y Pettit (2015), el retribucionismo vuelve a estar en boga una vez que los detractores de las teorías consecuencialistas notaron los efectos negativos de su puesta en práctica:

(...) La *huida hacia el retribucionismo* no sólo se vio impulsada porque se creía que la criminología utilitaria y prevencionista no había cumplido sus promesas, sino que eran cada vez más los registros de las injusticias perpetradas en nombre de la justicia penal prevencionista. Las penas por tiempo indeterminado, justificadas en función de la resocialización o la incapacitación, permitían encerrar a los delincuentes hasta que fuera “seguro” devolverlos a la comunidad. Periodos de encierro extremadamente largos por delitos menores, periodos de encierro muy cortos debido al talento histriónico de los delincuentes, quienes pretendían ya estar resocializados, la resocialización e incapacitación fueron usadas para encerrar a jóvenes considerados subversivos. Sin duda, estos eran motivos válidos para que los retribucionistas rechazaran el utilitarismo y el prevencionismo. Es más, los neoretribucionistas acusaron con razón a los prevencionistas de negar la dignidad humana de los infractores al tratarlos como criaturas determinadas cuyo comportamiento no podría explicarse por su propia decisión de infringir la ley. (p. 20)

Con cada vez más preguntas y dudas sin responder, fue imposible que el retribucionismo se mantuviese incólume a los cambios y progresos del derecho y las ciencias sociales, por lo que el castigo retributivo “se modificó posteriormente en el pensamiento neoclásico para reconocer que algunos delincuentes que cometen delitos

similares pueden ser menos culpables o inocentes debido a factores fuera de su control” (2005, p.16). Efectivamente, el sentido de la retribución encontró sus obstáculos en el propio desarrollo de ciencias como la criminología, la cual eventualmente abandona nociones como la del *delincuente nato*⁸ y se concentra en una concepción *sociológica* del delito, colocando a los factores ambientales y sociales como objeto principal de análisis. Es así que el retribucionismo como modelo punitivo tiene su propia diversidad y ha ido amoldándose a los distintos cambios científicos, criminológicos y penales hasta la fecha.

3.1.3 Estado y tendencias actuales de los modelos retributivos

Tal como hemos mencionado anteriormente, el retribucionismo requiere de un castigo proporcional al mal realizado y tiene como propósito reestablecer el equilibrio en una comunidad menoscabada por la comisión del delito, así como retribuir el mal ocasionado hacia el individuo. Sin embargo, siempre ha sido un paradigma diverso en sí. Ya en 1979, John Cottingham describe nueve tipos de teorías de la retribución: de reembolso, de merecimiento, de pena, minimalista, de satisfacción, de juego limpio, de colocación, de anulación y de denuncia⁹, “argumentando que gran parte de la discusión sobre la justicia retributiva es confusa porque la gente no tiene claro lo que esta significa” (Walen, p. 2016). En los años que siguieron, el retribucionismo sufrió importantes cambios, lo cual resultó en la aparición de las corrientes *neo-retribucionistas*¹⁰, también llamadas *moderno retribucionismo*¹¹.

Para comenzar, uno de los autores más mencionados es Von Hirsch, cuya obra “Censurar y Castigar” es considerada como parte del desarrollo del moderno retribucionismo. En este trabajo, Von Hirsch (1998) expone que “una explicación de las sanciones penales que enfatice su función reprobatoria tiene el atractivo de ser más comprensible” y que “una explicación basada en la censura es también más fácil de vincular a la proporcionalidad: si el castigo expresa reproche, sería lógico que el *quantum* del castigo guardara una relación razonable con el grado de reprochabilidad

⁸ Lombroso en la criminología clásica en Italia y Rush, Ray y Spencer, todos médicos y pioneros en la penología norteamericana, entre otros.

Ver: (Platt: 2006)

⁹ Originalmente en inglés: (1) Repayment theory, (2) Desert theory, (3) Penalty theory, (4) Minimalism, (5) Satisfaction theory (6) Fair play theory, (7) Placation theory, (8) Annulment theory, (9) Denunciation theory. Ver: Cottingham (1979)

¹⁰ Término utilizado por autores como MORSELLI (1993), SERRA (2015). BRAITHE Y PETIT (2015), DURÁN (2011), SCHUNEMANN (2008), entre otros.

¹¹ Originalmente utilizado en inglés: Modern-Day Retributivism. Ver: MATERNI (2013)

de la conducta criminal” (p. 35). Cid (1999) sintetiza la doctrina de justificación del castigo de este autor de la siguiente manera:

Una pena se justifica de acuerdo al autor en base a dos razones: a) exponer un reproche (o censura) por el acto realizado; b) prevenir la realización de tales actos (Von Hirsch 1993:39). La función reprobatoria (o de censura) es prioritaria sobre la función preventiva, esto es, la función preventiva sólo puede darse en el marco de penas que satisfagan la función reprobatoria (Von Hirsch 1993:41). [...] con la idea de reproche el autor incluye dos de los clásicos principios liberales en materia penal: el principio de ofensividad o lesividad (que impide castigar si no hay daño) y el principio de culpabilidad (que exige que sólo se castigue a la persona que estaba en condiciones de evitar el acto realizado) [...] En la obra de Von Hirsch no está claro, al menos a primera vista, cuál es el papel de la prevención general de delitos en su doctrina de justificación (p. 20-21)

Como menciona Materni (2013), mientras Kant y Hegel pueden considerarse como los *padres* del retribucionismo en el sentido que fueron los primeros en proveer una práctica que venía acompañada de una justificación filosófica, ambos se encontraban lejos de ser los últimos en su tipo (p. 277). Así como Von Hirsch, aparecieron diversos autores que continuaron formulando y reformulando la corriente proporcionalista del castigo. Morselli (1993) ya se refiere a una “nueva evaluación” de la concepción retributiva de la pena con el retomar de autores dogmáticos como Schmidt, Mayer y Beling y la aplicación de disciplinas como la psicología dinámica y el estudio del inconsciente que reconocen la justificación de la retribución en la *naturaleza de las cosas*¹², posición que, sin embargo, no sacia completamente a la doctrina (p. 269). Utilizando las recopilaciones de Materni (2013) y Serra (2015), podemos mencionar a los siguientes autores neo-retribucionistas:

CUADRO NRO. 2 SISTEMATIZACIÓN DE LOS AUTORES NEO-RETRIBUCIONISTAS MÁS IMPORTANTES

Autor	País	Posición
-------	------	----------

¹² En otros términos, frente a la comisión de un delito, surge en la sociedad una profunda exigencia de retribución, dirigida a descargar sobre el reo las cargas agresivas que la frustración derivada de la alarma social ha suscitado. Con esta teoría de las necesidades emotivas de punición latentes en el seno de la sociedad (...) [la retribución] no se trataría, esto es, más de una abstracta y mecánica exigencia de compensación del malum actionis col malum passionis, así como los grandes pensadores, de Platón a Tomás de Aquino, de Kant a Hegel, parecerían haber configurado la instancia retributiva. Se trataría más bien de un fenómeno que tiene raíces profundas en la naturaleza humana y que, como tal, por cuanto puede ser irracional y poco apreciable desde el punto de vista ideal y también ético, tiene una profunda y necesaria justificación en la así llamada natur der sache, o sea en la naturaleza de las cosas. (Morselli 1993: 268-269)

John Kleinig	Australia	El acto de cometer un delito moral por parte de una persona es, en principio, la razón por la cual se justifica su castigo. Es la consecuencia que le corresponde, lo que merece. Brindar justicia a alguien implica otorgarle lo que le corresponde, y lo que le corresponde se determina a través de consideraciones de necesidad o merecimiento.
Gunther Jakobs	Alemania	Jakobs considera que al evaluar la importancia social de un acto, es importante tener en cuenta la gravedad de la norma violada y la medida en que ha sido infringida, así como la responsabilidad del autor en términos de su motivación para cometer el acto. En otras palabras, se debe examinar si la motivación del autor debe ser excluida o atenuada, lo cual está relacionado con la imputabilidad del acto ilícito.
Wolfgang Frisch	Alemania	Reconoce que la retribución en sentido estricto no es admisible, solo lo es cuando la imposición de sufrimiento es exigible por razones extra-retributivas al fin principal de prevención. Por tanto, la retribución como compensación de culpabilidad solo es lícita cuando tiene un carácter instrumental y subsidiario (no de finalidad de la pena) al de prevención.
Tatjana Hörnle	Alemania	La teoría de Hörnle combina la idea de establecer una comunicación con el delincuente (en términos de prevención especial positiva) con el propósito de la retribución, lo que da lugar a la noción de la pena como una forma de comunicación basada en el reproche hacia el delincuente. De esta manera, se considera que el "reproche moral" en sí mismo es el objetivo de la pena. Esta postura defiende la necesidad de imponer castigos, pero los dota de un elemento de represión en lugar de ser meramente punitivos.
Michael Pawlik	Alemania	Sugiere que la sistematización de los principios del derecho internacional penal debe realizarse a partir de la retribución, de la legitimación del castigo orientada retributivamente. Pero, superada la irracionalidad de intentar legitimar un mal que se impone como respuesta a otro mal, es necesario encontrar una cláusula normativa que permita vincular al hecho ilícito una (legítima) pretensión de persecución jurídica. Defiende que la exigencia de compensación que caracteriza la retribución no conduce necesariamente al esquema "mal contra mal, sufrimiento contra sufrimiento". Por tanto, no se impone un mal para responder a otro anterior: la acción restitutiva del estado previo de las cosas debe calificarse como positiva.
Juan Pablo Mañalich R.	Chile	Desarrolla una teoría democrática de la pena retributiva. Para este autor, la retribución puede ser un criterio de justificación de la pena, pero solo si esta se basa en un reproche penal desde la teoría de los actos de habla. En ese sentido, el reproche no debe ser instrumentalizado y, más bien, sea la consecuencia directa de la defraudación que ocasiona el delito, en cuando viola la lealtad recíproca que hay entre ciudadanos.
Paul Robinson	Estados Unidos	Señala que la distribución de la responsabilidad penal y la pena por el poder legislativo debe realizarse según unos principios justificativos que responden a los distintos fines de la misma; aboga por la necesidad de encontrar un principio distributivo articulado que disminuye la discrecionalidad de los jueces, de modo que la pena impuesta al delincuente sea el producto de lo

		que ha hecho y de sus características personales antes que del juez concreto que conozca del delito cometido. El mejorar la credibilidad moral de la ley penal requiere, más que nada, que la ley penal deje en claro al público que su preocupación principal es hacer justicia". Si alguien se estuviera preguntando qué podría significar exactamente "hacer justicia", Robinson tiene una respuesta lista: "hacer justicia [es] castigar a los delincuentes por los delitos que cometen".
John Darley	Estados Unidos	El mejorar la credibilidad moral de la ley penal requiere, más que nada, que la ley penal deje en claro al público que su preocupación principal es hacer justicia. Si alguien se estuviera preguntando qué podría significar exactamente "hacer justicia", Robinson tiene una respuesta lista: "hacer justicia [es] castigar a los delincuentes por los delitos que cometen.
Jeffrie Murphy	Estados Unidos	El retribucionista busca, no principalmente el castigo socialmente útil, sino el castigo justo, el castigo que el criminal (dado su mal comportamiento) merece o merece, el castigo que la sociedad tiene derecho a infligir y el criminal el derecho a exigir.
Antony Duff	Estados Unidos	Ha teorizado mucho sobre la revitalización de las teorías de la retribución en los últimos años en Estados Unidos sobre todo a partir de la década de 1970. Se pregunta si los problemas y defectos imputados a la retribución son insalvables, si debe adoptarse una filosofía penal distinta o si, de lo contrario, sería plausible en el contexto penal y filosófico contemporáneo una versión "robusta" de la retribución.
Michael Moore	Estados Unidos	Siguiendo las formulaciones de Hegel, Moore afirma que la imposición de un castigo también es necesaria si queremos la autonomía de los delincuentes. Esto, según Moore, es "el grano de la verdad en el eslogan engañoso de que 'los delincuentes tienen derecho a un castigo retributivo.
Bernardo Feijoo	España	Feijoo aporta la que considera una gran virtud de la teoría retributiva hegeliana: situar la justicia de la pena en la exigencia de que tenga el mismo valor simbólico que el delito cometido, antes de que sea del mismo tipo que el delito, saliendo así del vetusto esquema "ojo por ojo". En el neo-retribucionismo liberal [de Feijoo] se ha formulado la teoría de la ventaja injustificada o injusta por el delito; de modo que la pena sirve para anular el beneficio ilegítimo que se aprovechan del Derecho sin contraprestación, obteniendo ventajas que demandan compensación.
Ricardo Robles	España	Aporta la propuesta de sustituir el fin de la intervención penal (ultima ratio) de protección de los bienes jurídicos por el de protección de la autonomía jurídica de los individuos (definida como <i>la suma de los potenciales de acción jurídicamente reconocidos a las personas o derechos individuales jurídicamente garantizados</i> de libre ejercicio).
Daniel Rodríguez Horcajo	España	Utilizando conocimientos brindados por otras ciencias acerca del comportamiento humano en referencia al castigo, sugiere tomar en cuenta el papel de las emociones y los sentimientos de equidad y reciprocidad. De esta forma, cuestiona la forma tradicional en la que se estudia la racionalidad del individuo respecto al delito y al castigo, defendiendo una noción de

		prevención general social, vinculada a la cooperación intersubjetiva y la disuasión.
Igor Primoratz	Rusia	El castigo está moralmente justificado en la medida en que es justo, que la justicia es la consideración moral con respecto al castigo. El castigo es justo cuando se merece, que es después de la comisión de una ofensa.

Fuente: Elaboración propia¹³

Sumado a esto, encontramos posiciones como las del Gerard Bradley, quien, a partir los dos tipos de perjuicio causados por el delito, insiste en que la adopción de la retribución como la base filosófica para el castigo proporciona una justificación poderosa y multifacética, mucho más allá de lo que ofrecen las alternativas. Este autor, en su momento realizó críticas hacia la finalidad rehabilitadora e incapacitadora de la pena y detecta cuatro grandes *malentendidos* acerca del retribucionismo. Estos errores pueden resumirse en: 1) confundir a la retribución con la *lex talionis*, 2) considerar que la retribución concentra el odio/rechazo hacia un tipo de delito, 3) relacionar a la retribución con el ‘valor intrínseco’ de provocar dolor al delincuente y 4) tomar a la retribución como la fuente del derecho penal. El siguiente cuadro es de ayuda para entender el contenido de estos errores (Bradley, 2003, p. 20-26):

CUADRO NRO. 3
CUATRO GRANDES MALENTENDIDOS ACERCA DE LA RETRIBUCIÓN

N°	ERROR	RESPUESTA
01	La retribución es <i>lex talionis</i>	<p>La retribución no es <i>lex talionis</i>, la ley de represalia, o “ojo por ojo”. Algunas sociedades pueden haber intentado aplicar tal norma literalmente, pero dudo que alguna lo haya hecho de manera tan consistente. Más bien, las sociedades típicamente privan a los criminales del tiempo, las extremidades, la vida o el dinero de los recursos humanos, que no tienen relación con el daño criminal en particular. Las sociedades más primitivas imponen las privaciones universales de dolor y humillación a los criminales, independientemente de sus crímenes. En cualquier caso, para aplicar literalmente la norma del “ojo por ojo”, las comunidades organizadas tendrían que estar preparadas, logística y moralmente, para hacer todo lo que sus miembros individuales más depravados habían hecho. La retribución, por tanto, no se trata de venganza.</p> <p>De esta manera, se cree que la retribución es una salida mucho más punitiva por definición, a comparación de los otros modelos punitivos y teorías de la pena.</p>

¹³ El presente cuadro fue hecho con la información proporcionada por SERRA VILA (2015: 23-53) y RODRIGUEZ HORCAJO (2019: 219-232)

02	La retribución concentra el odio/rechazo hacia un tipo de delito	La retribución no se trata de domesticar el odio popular por un criminal conocido o redirigir la repugnancia hacia un crimen particularmente atroz. La retribución no significa que una ejecución de estado sea simplemente un linchamiento decoroso. La retribución no es impulsada por la ira, el odio o cualquier otra emoción; como tal, es completamente distinto de la indignación de la comunidad. De hecho, en la mayoría de los tiempos y lugares, el crimen causa poco o ningún escándalo. La delincuencia, en cambio, se trata como una parte ineludible del paisaje urbano, un costo de la vida en la ciudad; Debido a que es un efecto esperado del caos social, simplemente se tolera y, a menudo, no se denuncia.
03	La retribución está vinculada al 'valor intrínseco' de provocar dolor al delincuente	La retribución tiene poco (si es que tiene algo) que ver con el "valor intrínseco" de infligir sufrimiento a los malhechores que H.L.A. Hart sugirió. De hecho, la noción de Hart de que el sufrimiento podría tener cualquier "valor intrínseco" es preocupante. El sufrimiento es necesariamente una privación, una pérdida, una dificultad, una resta de la forma en que deberían ser las cosas. El sufrimiento así descrito es malo, y por definición, algo malo no tiene "valor intrínseco", ya que, si lo fuera, sería bueno. Para mí, parece probable que lo que Hart realmente tenía en mente era el hecho de que nos sentimos aliviados de ver el "pago" injusto por sus crímenes. Sin embargo, esa visión se refiere al valor instrumental del sufrimiento, sin embargo, no a su significado intrínseco.
04	La retribución es la base del derecho penal	La retribución no es la fuente del derecho penal; es simplemente una teoría del castigo. En particular, el contenido del derecho penal está arraigado en el conjunto de condiciones que constituyen el bien común de la sociedad política. Algunas de las condiciones más obvias e importantes incluyen el respeto por los derechos humanos básicos, como los derechos a no ser asesinados intencionalmente o por nadie.

Fuente: Elaboración propia

Quisiera cerrar esta sección con un breve comentario acerca la relación que existe entre el retribucionismo y los Derechos Humanos. En realidad, no existen abundantes estudios sobre la influencia que ejerce uno sobre el otro y, muy por el contrario, considero que puede ser un tema que caiga en lo intuitivo. Podemos creer, de saque, que el retribucionismo en concreto es incompatible con los Derechos Humanos o que estos últimos funcionan como una suerte de control de los primeros. Al respecto, quisiera mencionar el fascinante trabajo del profesor Adnan Sattar, quien en su obra "Criminal Punishment and Human Rights: Convenient Morality" responde a la pregunta de cómo el discurso de los derechos humanos se relaciona a la justificación del castigo.

Desde una aproximación teórica y metodológica, Sattar (2019) concluye, entre otros fascinantes puntos, que la noción de las sentencias proporcionales al delito

cometido ha sido trasladada hacia el campo de los derechos humanos no como una restricción a los excesos del Derecho Penal (como podrían haber esperado los retribucionistas modernos); sino como un dispositivo para respaldar sentencias de prisión más largas, generalmente por delitos que involucran violaciones de los derechos civiles y políticos (p. 87). Tanto este como otros autores concuerdan en que la noción de legalidad, el principio de proporcionalidad y la prohibición de los malos tratos a los presos, entre otros principios, están ancorados en los derechos humanos.

Esto resulta positivo para los seguidores de las corrientes neo-retribucionistas, pues que la doctrina clasifique sus ideas respecto a la justificación del castigo como coherentes y compatibles con los derechos humanos resulta algo extremadamente positivo en nuestro actual contexto. Sin embargo, no debemos dejarnos engañar por estas conclusiones preliminares del trabajo de Sattar, quien, por el contrario, considera que su estudio ha demostrado que “la principal justificación del castigo que se expresa implícita o explícitamente dentro de la ONU y las campañas de las ONG, es la noción kantiana retrógrada de retribución. En términos temporales, el retribucionismo ha ganado una vigencia adicional dentro del círculo de los derechos humanos” (Sattar, 2019, p. 236). He hecho esta aclaración con el propósito de no descontextualizar las afirmaciones del profesor Sattar que concuerdan con su posición, la cual claramente se inclina por la crítica hacia la justificación proporcionalista del castigo. Muchas de sus observaciones, compartidas por otros autores, serán mencionadas en el próximo acápite.

Independientemente de este debate, lo cierto es que la regulación internacional exhorta y exige a los Estados que se sancionen los comportamientos delictivos con las medidas que estos tienen a su disposición, la cual suele ser, en casi todos los casos, la pena privativa de la libertad. La determinación de la pena y su consecutiva ejecución deben de seguir una serie de garantías y principios que propone el sistema internacional de derechos humanos y gracias al cual se han conseguido importantes avances en cuanto al trato de los privados de libertad, las condiciones carcelarias y las garantías procesales. Esto se desarrolla a la par de otras obligaciones vinculadas a la prevención, así como la tendencia a limitar y justificar el castigo desde la Constitución y los valores democráticos.

3.1.4 Críticas hacia los modelos retributivos

Empero, muchos otros autores también han dedicado su tiempo y tinta en rebatir al retribucionismo y realizar diversas críticas tanto a su base filosófica como a su practicidad. Como es de imaginarse, una de las principales objeciones a esta corriente se encuentra en su peligrosa cercanía con la subjetividad de los sentimientos de venganza. Por ejemplo, Cattaneo señala que “la teoría de la retribución penal está íntimamente ligada a la vendetta, lo cual ya estaba en Seneca, al tiempo que se rechaza la fundación del Derecho penal sobre la teología moral, idea que llevaba a concebir la pena como expiación moral y religiosa” (Rivera, 1998, p. 21). No obstante, es importante mencionar los aportes de investigadores como el profesor Daniel Rodríguez Horcajo, de cuyo trabajo se puede concluir que el sentimiento de justicia no es en lo absoluto irracional. Muy por el contrario, nuestro pensamiento racional es limitado, nutrido de sesgos y de emociones que perforan cada una de nuestras acciones. En ese sentido, la dualidad racionalidad-emocionalidad queda como un planteamiento desfasado. Si se plantea que esta dualidad no existe y que el sentimiento de justicia es algo humano, capaz de ser analizado y estudiado sin relegársele a algo exclusivamente visceral y primitivo, la crítica que vincula al retribucionismo con un banal sentimiento de venganza cae por su propio peso.

Por otro lado, concentrándose ya en autores concretos, Materni (2013) realiza una breve crítica a las posiciones kantianas y hegelianas acerca de la retribución mencionando que, respecto a Kant, este solo se dedica a “lanzar” una verdad absoluta al lector y, más que dedicarse a demostrar su veracidad, decide asumirla desde un principio, no pudiendo explicar por qué un castigo no retributivo es una vulneración a la justicia (p. 272-273). Siguiendo con la perspectiva kantiana, es importante mencionar que también Lehrer y Sellars (1979) enumeran tres tipos de objeciones que suelen presentarse ante el retribucionismo, especialmente desde la perspectiva kantiana y que son: (1) el retribucionismo implica necesariamente el utilitarismo y es obviamente inaceptable sin él¹⁴, (2) la inaplicabilidad de Jus Talionis¹⁵, y 3) la brecha entre la teoría

¹⁴ Los utilitaristas de la regla a menudo sostienen que el retribucionismo, para ser coherente, debe implicar una apelación tácita a la utilidad, es decir, debe presuponer tácitamente que el principio "No permitir que los hombres se beneficien de sus delitos" tiene consecuencias sociales más deseables que cualquier principio alternativo. Pero debería argumentar que la teoría de Kant, por ejemplo, es (i) perfectamente coherente y (ii) bastante independiente de las consideraciones utilitarias (...) Pero este no es el argumento de Kant. Su argumento es que la injusticia o injusticia en sí misma, independientemente de las consecuencias, exige retribución. Como ha argumentado Hart, 'una teoría del castigo que ignora estas convicciones morales [acerca de la justicia] o las ve simplemente como factores, cuya frustración provoca un entusiasmo socialmente indeseable es una clase de teoría diferente a la que por respeto a esas convicciones ellos mismos justifican el castigo. La teoría de Kant es claramente de este último tipo. (Lehrer y Sellars 2013: 78-79)

¹⁵ La aplicabilidad de Jus Talionis. Quizás la crítica más común de la teoría de Kant es la afirmación de que el principio jus talionis (retorno como por ejemplo) no puede tomarse con sentido literalmente. Como observa

y la práctica¹⁶ (p. 77-78). Respecto a Hegel, citando a Klug, el mismo autor se pregunta si es que la propuesta de Hegel sobre el “derecho a ser castigado” no es más que un *ensueño metafísico* que carece de total conexión con el mundo real en donde el castigo no es ningún honor para el ser racional, sino muy por el contrario, es una práctica que suele involucrar la degradación, estigma y que solo empuja al delincuente hacia el delito (1992, p. 34). Respecto a autores más contemporáneos, podemos mencionar a Roxin, quien “indica el carácter ficticio de la creencia en que la supresión del mal causado por el delito se logra mediante la aplicación de una pena, lo que acaba sucediendo, es que el mal de la pena se suma al mal del delito” (Rivera, 1998, p. 21).

Por otro lado, se encuentran las observaciones de Bern Schünemann, originalmente dirigidas hacia la posición de Jakobs basada en Kant. Estas son que, en primer lugar, “la tesis de Jakobs, según la cual, debe cautelarse la vigencia de la norma ante la mera afirmación del delincuente –con su hecho- de que “la norma no rige”, aparece como justificadora del castigo y no limitadora del *Ius Puniendi*” (Durán, 2011, p. 109) y, en segundo lugar, en que la teoría absoluta a partir de la filosofía de la libertad kantiana se asume que hay una diferencia entre el hombre del mundo de los sentidos y del hombre como “yo inteligible”, entendiendo este último como “la libertad de motivarse hacia lo bueno o hacia lo malo”, cosa que, “se trataría de una simple suposición *ad-hoc* que no puede hacer plausible justamente la libertad, y con ello, la imputación del delito (2011, p. 110). Otra crítica demás interesante pero realizada de manera general es aquella presentada por Kenneth Himma (2018), quien cuestiona la viabilidad de la justificación retributiva en base a la arbitrariedad de la suerte:

(...) el papel inquietantemente grande que juega la suerte en la configuración de nuestras personas y los contextos en los que actuamos crea dos problemas potenciales para el retribucionismo: (1) tal suerte es incompatible con la idea retribucionista de que el castigo

Hegel, 'es bastante fácil ... exhibir el carácter retributivo del castigo como un absurdo (robo por robo, robo por robo, ojo por ojo, diente por diente, y luego puede continuar supongamos que el delincuente solo tiene un ojo o no tiene dientes). '4 Pero esta objeción, como bien ve Hegel, es superficial. Sin duda, el principio de *ius talionis*, aunque requiere una imagen de castigo, no requiere una imagen exacta en todos los aspectos. No hay ninguna razón en principio (aunque existen dificultades prácticas) para tratar de especificar de manera general cuáles podrían ser los costos en la vida y el trabajo de ciertos tipos de delitos, y cómo se podrían calcular los costos de los castigos, para que la retribución pueda ser entendido como la prevención del lucro criminal. Y es ciertamente posible castigar de forma retributiva los castigos para que los castigos más graves se correspondan con los delitos más graves. (Lehrer y Sellars 2013: 79)

¹⁶ La brecha entre la teoría y la práctica. Otra crítica común contra la teoría kantiana puede considerarse de carácter marxista. La teoría de Kant, se puede argumentar, implica un modelo utópico ideal de la sociedad que, de hecho, es tan completamente diferente del carácter real de la sociedad que la hace inútil para comprender o evaluar cualquier práctica existente de castigo criminal. De hecho, la teoría es peligrosa. Porque nos permite ocultar de nosotros mismos el carácter vicioso de los arreglos sociales reales y, por lo tanto, perpetuar la injusticia grave. (Lehrer y Sellars 2013: 79)

está moralmente justificado en la virtud de ser merecido; y (2) tal suerte disminuye dramáticamente nuestra capacidad para hacer ciertos juicios comparativos de los cuales dependen los juicios de culpabilidad moral o del desierto. Hay dos problemas relacionados con la “suerte” que deben ser distinguidos.

El primero es el problema de la suerte moral. Como Thomas Nagel define la “suerte moral”, se refiere a los juicios morales sobre los actos de un agente, donde un “aspecto significativo de lo que [él] hace depende de factores que están fuera de su control”. Hay una segunda forma de suerte, la suerte legal, involucrada en dar una justificación del castigo legal. Como David Enoch describe, la suerte legal: nuestras responsabilidades legales, responsabilidades, etc., a menudo están determinadas en parte por asuntos que no están bajo nuestro control. Ya sea que exista o no una diferencia moral entre el asesino [que completa con éxito un intento de asesinato] y el intento [sin éxito], existe una diferencia legal entre ellos, ya que el éxito del intento determina de qué delito es responsable la persona relevante. (p. 712-713)

Inclusive Miethe y Lu (2005) se refieren a algunas de las críticas más comunes hacia el retribucionismo, comenzando por el hecho que las sanciones retributivas basadas en la naturaleza del delito suelen contradecir los grados de culpabilidad individual y culpabilidad presentes en las sociedades actuales. En segundo lugar, mencionan que el principio del “ojo por ojo” es limitado en cuanto a su aplicabilidad y, finalmente, que la proporcionalidad es insostenible en sociedades pluralistas debido a que no existe un acuerdo generalizado acerca de la gravedad de ciertos delitos.

Ambos autores afirman que, a fin de cuentas, “un sistema de sentencia retributivo que propugna sanciones proporcionales se basaría en la suposición errónea de que existe un consenso público en la clasificación de la gravedad moral de determinados tipos de delitos” (p. 17). Bacigalupo (1996) hace un comentario similar al mencionar que las principales críticas al retribucionismo se concentran en 1) su carencia de fundamento empírico y, finalmente 2) la supresión del mal mediante la pena se suma al mal del delito: no existe ninguna supresión del mismo (p. 12). Finalmente, Cid Moliné (2007) resalta lo que él considera son los tres principales desafíos del modelo proporcionalista: 1) el vínculo excesivo con la pena de prisión, 2) el rol secundario de la rehabilitación y 3) el olvido de la víctima (p. 153-157). En fin, las críticas hacia el retribucionismo y hacia las teorías absolutas de la pena son diversas, al igual que los argumentos de sus defensores, tal como hemos revisado hasta ahora.

Me parece relevante mencionar que parte de las críticas hacia las teorías retribucionistas se pueden encontrar dentro del propio ordenamiento jurídico peruano. El Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional 0019-2005-PI/TC, sentencia de fecha 21 de julio 2005 se dedica, entre otros temas, a desarrollar el fin y la función de la pena en nuestro sistema, es decir, en el marco de un Estado de Derecho. En este texto, el Tribunal Constitucional desarrolla diversas teorías acerca de la finalidad de la pena privativa de libertad, dividiéndola en retribución absoluta, prevención especial, prevención general y teorías de la unión. Quisiera rescatar que se hace una importante observación respecto a la retribución, y esto es que si bien se ha descartado que la retribución absoluta sea un fin aceptable en nuestro sistema constitucional, siempre habrá un elemento retributivo (fundamento 9, párrafos 37 y 38): En ese sentido, se recalca lo establecido por la Constitución de 1993 en su artículo 139.22 y se indica que la finalidad de la pena en el ordenamiento peruano es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, añadiendo que las teorías preventivas de la pena, tanto general como especial, gozan de protección directa desde la Constitución. Así, “según el postulado constitucional vigente en el Perú este [la retribución] no es el fin de la pena en nuestro ordenamiento jurídico, máxime cuando la mera retribución trastoca la dignidad del ser humano, en tanto en sí misma no genera ningún aporte o beneficio ni para la sociedad ni para el autor del delito” (Chang , 2013, p. 510). A pesar de esto, considero que sería interesante que se realizara un análisis constitucional de lo que los modelos neo-retributivos tienen para ofrecer hoy por hoy.

A modo de cierre quiero decir que un análisis de la filosofía retribucionista del castigo que incluya sus principales premisas y críticas nos permite entender que no se trata, como algunos autores podrían sugerir, de una simple canalización de la venganza privada hacia la esfera pública. El propósito de esta sección ha sido demostrar que, muy por el contrario, la retribución incluye una serie de conceptos que no solo sirven como límites hacia sí misma, sino que ocupan un papel importante en la doctrina penal más contemporánea, como es la proporcionalidad. Nuevamente resalto que no existen tal cosa como los absolutos en cómo entendemos hoy en día a los modelos punitivos: muchas de las críticas de las corrientes retributivas formaron una parte importante del utilitarismo, pero lo mismo podría decirse de muchos de los puntos fuertes de los modelos neo-retributivos, como el resaltar la importancia del individuo y sus derechos, así como incluir una perspectiva interdisciplinaria. Con estas conclusiones, paso a realizar un análisis de las teorías utilitaristas siguiendo la misma estructura de definición, antecedentes y críticas.

4. Nociones generales sobre las teorías utilitaristas

4.1 Definición de los modelos utilitaristas

En general, las teorías relativas de la pena sostienen que esta “no está destinada a la realización de la justicia sobre la tierra, sino que sirve exclusivamente para la protección de la sociedad. La pena no es un fin en sí mismo, sino que es tan sólo un medio cuya finalidad es evitar acciones punibles futuras (“poena relata ad effectum”); tomando en cuenta las bases ideológicas que ya hemos mencionado líneas arriba, “en las teorías relativas de la pena confluyen, pues, derroteros ideológicos de carácter humanitario, social, racional y utilitarista” (Jesheck y Weigend [1995] 2014, p. 106). Sin embargo, las teorías relativas de la pena se dividen tomando en cuenta su carácter especial o general, positivo o negativo. En cuanto a la prevención especial, Rivera desarrolla tres orientaciones que definen el desarrollo doctrinal de esta teoría: las moralistas de la enmienda, las naturalistas de la defensa social y la teleológica de la diferenciación de la pena. La primera parte de una visión pedagógica de la pena en donde esta tiene un fin casi medicinal, la segunda se basa en la visión del delincuente como antropológicamente inferior y, finalmente, la tercera parte de la prevención especial (Rivera, 1998, p. 29-30).

Estas distintas doctrinas acerca de la prevención especial, es decir, aquella orientada hacia el individuo que ya ha cometido un delito, serán de vital importancia cuando se desarrollen los modelos punitivos rehabilitadores e incapacitadores. Por otro lado, respecto a las teorías de la prevención general de la pena, “tienen por objeto la sociedad, sin tener en consideración a la persona del delincuente, [dividiéndose en] prevención general negativa, o por intimidación, y prevención general positiva, también llamada integradora (de Araújo, 2017, p. 70). Para mejorar la comprensión de las diferencias entre estas distintas teorías, el siguiente cuadro resulta ilustrativo:

CUADRO NRO.4
SISTEMATIZACIÓN DE LOS TIPOS DE PREVENCIÓN

	Definición	Positiva	Negativa
General	Busca prevenir el delito orienta sus medidas en la sociedad y no el individuo	Prevención del delito mediante el mantenimiento y protección de la norma penal.	Prevención del delito mediante la intimidación de la sociedad

Especial	Busca prevenir que el sujeto que ha cometido un delito, vuelva a hacerlo	Impedimento de la reincidencia del infractor mediante la corrección de su carácter (resocialización)	Impedimento de la reincidencia del infractor mediante su coerción física
-----------------	--	--	--

Fuente: Elaboración propia

En conclusión, podemos decir que la corriente utilitarista del castigo está enfocada hacia el futuro y busca el evitar la comisión de nuevos delitos mediante la pena. Como hemos visto en esta breve introducción al castigo, “si bien la mayoría de personas parecen convencidas de que la práctica de interferir punitivamente en la vida de los infractores está justificada de alguna manera, la naturaleza de esa justificación es esquivada, y en consecuencia abundan las propuestas” (Duus-Otterström, 2007, p. 61). Lo más importante de esta sección ha sido comprender que las corrientes utilitaristas miran hacia el futuro y se dividen en subtipos dependiendo del punto de vista del cual parten (general, especial, positiva o negativa). Esto permitirá un mejor entendimiento de los modelos específicos del castigo, como son el incapacitador, rehabilitador y restaurativo.

4.2 Antecedentes de los modelos utilitaristas

Mientras que las teorías retributivas miran hacia el pasado, una nueva corriente decidió desarrollar la justificación del castigo mirando hacia el futuro. ¿Podría el castigo cumplir con un propósito más allá que el de *devolver* el dolor causado por el delincuente? Años después de la ejecución de Damien aparecieron una serie de autores e intelectuales que criticaron la crueldad de las penas, y, sobre todo, su propósito. Si bien principios como el de proporcionalidad aparecen como uno de los primeros límites ante la brutalidad de las penas vistas como simple expiación del criminal, el debate estaba lejos de culminar. Autores como Michele Materni (2013) señalan que la lógica del castigo como elemento de disuasión y prevención del delito se remonta al menos hace 2400 años con las reflexiones de Plato (p. 289), pero es importante recordar a los autores de la Ilustración que cambiaron el sentido de la pena, aún después de los aportes de autores como Kant y Hegel.

“El principio de estricta necesidad que ha de tenerse en cuenta a la hora de determinar las conductas susceptibles de reproche, viene a inspirar también el sentido mismo de la pena y, con ello, del Derecho penal en su conjunto” (Prieto Sanchís, 2007, p. 44). El mismo autor, en su obra *“La filosofía penal de la Ilustración”*, menciona a

diversos autores que resaltaron la importancia de una finalidad utilitaria de la pena. Entre ellos se encuentran, por ejemplo, Montesquieu y Voltaire, siendo este último el responsable de diversas críticas hacia los excesos que se daban en la justicia penal del Antiguo Régimen. No obstante, uno de los nombres que sobresalen por su aporte al debate acerca del castigo, es Cesare Beccaria.

Junto con Hobbes y Locke, Beccaria cuestiona el propósito del castigo, optando por “abogar por una profunda reforma penal (...) [e] insistía en que el fin de la pena debía ser impedir al infractor causar nuevos delitos y, al mismo tiempo, retraer a los demás de cometerlos” (Rivera, 1998, p. 27). Al momento de hablar sobre el fin de las penas, Beccaria anota que este no gira alrededor del tormento, sino que busca “impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales” (2015 [1764]: 34). Beccaria, entonces “destaca que el efecto de intimidación, principal función de la pena, se realiza mejor por lo atinado del castigo que por su rigor” (Picca, 1987, p.101). La pregunta de cuánto provecho o qué tan ventajoso puede resultar imponer una u otra pena a determinado castigo, se vuelve la brújula del debate sobre la pena.

Posteriormente, y siguiendo a Prieto Sanchís (2007), se terminaría imponiendo el principal aporte de Bentham: el principio de utilidad (p. 34).¹⁷ Bentham “concibe el Derecho como una técnica social que permite el control de la conducta humana por medio de una motivación normativa” (Ángeles, 2006, p.134). En su “Introducción a los Principios de la Moral y la Legislación” de 1789, Bentham ([1789] 2008) reconoce que el ser humano se encuentra gobernado por dos elementos: el dolor y el placer, ambos imposibles de ser completamente controlados por el hombre. En sus palabras:

¹⁷ No obstante, es importante mencionar que si bien Bentham es bautizado como un autor propiamente utilitarista, estas reflexiones no le son exclusivas. “Tanto el “utilitarismo” como el principio que justifica este nombre están íntimamente asociados a Bentham. Aunque casi ningún pensador político moderno anterior a Bentham sea rotulado como “utilitarista”, el principio de la utilidad, que este controvertido intelectual inglés enuncia en su célebre *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* publicado en 1789, no constituye propiamente una novedad en la tradición de la filosofía moral. Bentham lo sabía, y sabía también de la carga polémica que el principio conllevaba, pero lo consideraba lo suficientemente explicado por otros autores. Tanto es así, que ni siquiera se preocupó por detenerse en él con detalle. Lo suponía razonablemente conocido entre sus lectores, por lo que se arrojó sin más tardanzas en pos de la misión para la que consideraba tener una especial vocación: exponer todas las consecuencias de tal principio en las disciplinas jurídicas. El propio Bentham y sus discípulos invocan como fuente inspiradora la obra del gran exponente de la filosofía empirista moderna en el siglo XVII, John Locke, y también las de los que, atravesando el siglo siguiente y a pesar de las enormes divergencias entre sí, siguieron el camino abierto por él: Berkeley, Hume y Adam Smith, para no mencionar a los hoy menos conocidos –pero ávidamente leídos en su tiempo– como Hutcheson, Hartley, Paley, Priestley, Condillac y Helvétio”. (Araujo, 2000, p. 270)

Por utilidad se entiende aquella propiedad de un objeto en virtud de la cual éste tiende a procurar una ventaja, un placer, una cantidad de bien o felicidad, o lo que es lo mismo, a impedir que se produzca un mal, un daño a aquello cuyo interés se persigue (...) El principio de utilidad reconoce esta sujeción y la convierte en la base de un sistema que apunta a tener el edificio de la felicidad construido por las manos de la razón y de la ley (...) [el principio] aprueba o desaprueba cada acción de acuerdo con la tendencia de promover u oponerse a la felicidad de la persona o grupo cuyo interés está en cuestión. (p. 12)

Entonces, el retribucionismo, tal como hemos mencionado anteriormente, “era, en la perspectiva de Bentham, una idea insatisfactoria, pues recomendaba que se infligiera sufrimiento sin ninguna compensación en felicidad. El retribucionismo nos haría incrementar, no disminuir, la cantidad de sufrimiento en el mundo” (Rachels, 2006, p. 209). Por supuesto, esta idea de felicidad es explayada posteriormente por autores como Stuart Mill, para quien el placer como finalidad “no es el resultado de las acciones políticas de un gobernante, como lo pensaba Bentham, sino del logro de los sueños individuales, de las autorrealizaciones, de la capacidad de autogobierno”, cosa que debía ser propiciada por el Estado (Muñoz, 2008, p.133). La teoría de ambos autores, quienes son representantes del utilitarismo clásico, “puede resumirse en tres proposiciones: primera, las acciones se juzgan como correctas o incorrectas solamente en virtud de sus consecuencias. No importa nada más. Segunda, al evaluar las consecuencias, lo único que importa es la cantidad de felicidad o de infelicidad que se crea. Todo lo demás es irrelevante” (Rachels, 2006, p. 164).

Y así, el utilitarismo como corriente filosófica fue creciendo con otros autores como Godwin, Sidgwick, Robert Nozick, John Rawls, Ronald Dworkin, Amartya Sen o Michael Sande (Beytía, 2017, p. 175). Como menciona Ángeles (2006), bajo el utilitarismo, “la sanción no es más que cualquier fenómeno que permite ejercer una coerción sobre la conducta humana (...) [se trata] de un estímulo en términos de placer y dolor, capaz de vincular un sujeto a un determinado comportamiento (p. 135). Desde el utilitarismo existen, siguiendo nuevamente a Rachel (2006), dos maneras en que el castigo favorece a la sociedad: el primero busca prevenir el delito y reducir el nivel de delitos mediante la amenaza, procurando prevenir la infelicidad mediante el castigo, mientras que la segunda pretende emplear un sistema de castigos que tenga un final rehabilitador (p. 210-211).

Ahora bien, siguiendo con la estructura propuesta para esta sección de la investigación, pasaré a desarrollar las críticas principales de los modelos utilitaristas. Lo

más relevante de esta sección ha sido comprender que esta corriente se forma como una respuesta al retribucionismo y, en general, como una crítica hacia los sistemas del momento, los cuales se caracterizaban por su crueldad y su indiferencia hacia los resultados a futuro. Como hemos visto hasta ahora, no fue una cuestión azarosa, sino que también fue el producto de su propio periodo histórico, encontrándose en un momento en donde se comenzaban a cuestionar a los poderes Estatales, así como la importancia del individuo y de su esfera de derechos. En otras palabras, la aparición del utilitarismo como filosofía del castigo responde también a la búsqueda de límites del ius puniendi. En los siguientes acápites veremos no solo las críticas de estos modelos, sino también sus diferentes variantes.

4.3 Críticas hacia los modelos utilitaristas

Tal como ocurrió con las teorías absolutas de la pena y, en consecuencia, con la filosofía proporcionalista del castigo, la corriente utilitarista no está exenta de críticas. Estas van a depender de la naturaleza misma de la prevención (especial o general, negativa o positiva), por lo que enumerarlas resultará más adecuado tras desarrollar los modelos punitivos pertenecientes a esta corriente. No obstante, es importante recordar que el utilitarismo en sí, independientemente de las distintas versiones con las que cuenta y los diferentes autores que lo han desarrollado, es duramente criticado hasta la fecha como teoría ética, especialmente por el colosal papel que ocupan las consecuencias por encima de valoraciones morales sobre lo correcto y lo incorrecto.

Para entender estas críticas, Rachels (2006) coloca tres casos, dos ficticios y uno real. El primero se refiere al ejemplo de H.J McCloskey sobre un utilitarista que se encuentra en una localidad de por sí congestionada por conflictos raciales y que estaba en la zona donde ocurrió la violación de una mujer blanca por parte de un hombre de raza negra. Si diera un falso testimonio y acusara a un inocente del crimen, podría acabar con los disturbios, ya que la comunidad encontraría a un culpable. Al respecto, Rachels escribe:

Éste es un ejemplo ficticio, por supuesto, a pesar de que está obviamente inspirado por la ley de linchamientos que en un tiempo prevaleció en algunas partes de los Estados Unidos. En todo caso, el argumento es que, si alguien estuviera en esta posición, entonces, por razones utilitaristas, debería dar falso testimonio en contra de un inocente. Eso podría tener algunas malas consecuencias —el inocente podría ser ejecutado—, pero habría suficientes consecuencias buenas que pesarían más: se acabarían los

disturbios y los linchamientos El mejor resultado se alcanzaría mintiendo; por tanto, según el utilitarismo, lo que había que hacer era mentir. Pero, continúa el argumento, sería incorrecto provocar la ejecución de un inocente. Por tanto, el utilitarismo, que implica que eso sería correcto, debe estar equivocado. Según los críticos del utilitarismo, este argumento muestra una de las limitaciones más graves de la teoría: que es incompatible con el ideal de justicia. La justicia requiere que tratemos a todos equitativamente, según sus necesidades y méritos individuales. El ejemplo de McCloskey muestra cómo pueden entrar en conflicto las exigencias de la justicia y las de la utilidad. Así, una teoría ética que dice que la utilidad es lo único que importa no puede ser correcta. (p. 169-170)

En el segundo ejemplo, el mismo autor se refiere al caso York vs. Story (1963) llevado a cabo en la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Noveno Circuito (Distrito Sur de California). El caso gira alrededor de Angelynn York, una mujer que visita el departamento de policía de Chino a presentar una denuncia. Ron Story, oficial de policía, la recibe e indica que debe tomarle fotografías en privado como parte del procedimiento. Sin embargo, Story termina indicando a Angelynn York que pose desnuda; estas imágenes fueron circuladas por el departamento de policía. Rachels utiliza este caso para cuestionar el papel de la felicidad en el utilitarismo y su conflicto con la moral:

¿Pero qué decir de la moral de la conducta de los oficiales? El utilitarismo dice que las acciones son justificables si producen un balance favorable de felicidad sobre infelicidad. Esto nos sugiere que consideremos la cantidad de infelicidad causada a la señora York y la comparemos con la cantidad de placer que las fotos le causaron al policía Story y a sus compañeros. Al menos es posible que hayan causado más felicidad que infelicidad (...) La moraleja que podemos sacar de este argumento es que el utilitarismo está en desacuerdo con la idea de que la gente tiene derechos que no se pueden pisotear simplemente porque se prevén buenos resultados. (2006, p. 171-172)

En el tercer y último ejemplo, Rachels (2006) alienta al lector a imaginar que ha hecho una promesa a una amiga para salir juntos, sin embargo, a último momento este prefiere quedarse en casa a finalizar un trabajo. Aparece, entonces, un dilema entre el valor de la promesa y la ganancia obtenida por permanecer en casa y cancelar los planes. “Hay una importante lección general que podemos aprender de este argumento (...) en su exclusiva preocupación por las consecuencias, el utilitarismo hace que limitemos nuestra atención a lo que va a pasar como resultado de nuestras acciones” (p. 173). La importancia de señalar estas críticas está en reconocer que, así como el

retribucionismo como filosofía del castigo cuenta con sus propios detractores, lo mismo ocurre con las corrientes utilitarias. En los siguientes apartados, se desarrollarán los modelos punitivos incapacitadores, rehabilitadores y restauradores, tomando en cuenta las definiciones de castigo y delito que hemos desarrollado hasta ahora.

4.4 Los modelos incapacitadores

4.4.1 Definición del modelo incapacitador

Esto demuestra que, a pesar que muchos eruditos consideran que la cárcel es un componente de la incapacitación¹⁸, esta última opera en distintas formas y grados. Autores como Figueiredo (2015) insisten que la incapacitación puede referirse “a cualquier condición que limite o restrinja el movimiento de un acusado cuando el estado actúa para evitar que la persona vuelva a reincidir en el presente o en el futuro” (p. 1028-1029); esta es una observación importante ya que diversas manifestaciones del modelo incapacitador pueden convivir en una sola institución o en un mismo plan punitivo. El mismo nos da algunos ejemplos de medidas de incapacitación completamente distintas al aprisionamiento, como es el caso del “monitoreo electrónico, libertad condicional, delincuente sexual registro, órdenes de protección, toque de queda, dispositivos de bloqueo de encendido y suspensión de la licencia en esta definición” señalando que “todas están diseñadas para restringir movimiento de delincuentes, y evitar que el individuo reincida” (p. 1030). No obstante, cabe preguntarse qué es lo que nos dice la evidencia acerca del éxito (o fracaso) de la medida incapacitadora más popular y, coincidentemente, más limitadora de derechos.

La prisión como medida de incapacitación ha sido estudiada desde sus meros inicios hasta la fecha desde distintas ópticas. Considero importante hacer una aclaración: se cree, erróneamente, que una afirmación de este tipo hace referencia únicamente a las ciencias sociales, las humanidades y el derecho, pero lo cierto es que podemos encontrar menciones sobre la prisión y los privados de libertad inclusive en los

¹⁸ Cuatro ejemplos proporcionan evidencia prima facie en apoyo de este punto. Thomas Miles y Jens Ludwig, definen la incapacitación como "la incapacidad de una persona encarcelada para cometer delitos adicionales", por lo tanto, haciendo del encarcelamiento una característica necesaria de la incapacitación. William Spelman incorpora de manera similar el encarcelamiento en su conceptualización de la incapacitación: "poner a los criminales tras las rejas, donde no pueden llegar al resto de nosotros". encarcelamiento ", y David Lee y Justin McCrary también definen el término como " la reducción mecánica del delito que se produce cuando los delincuentes están encarcelados y no están disponibles para cometer delitos adicionales. Todas las cuatro definiciones de incapacidad lo equiparan con el encarcelamiento y discuten la prevención de Todos los delitos contra la sociedad a través del aislamiento que impone el encarcelamiento

antiguos textos bíblicos y en las reflexiones de trascendentales personajes de la iglesia católica. Beristain (1985) hace una alegre mención al Evangelio de Mateo en donde se promete la entrada al paraíso para aquellos que han visitado a los presos, en cuanto Jesucristo mismo fue un privado de libertad y, por tanto, un marginado y condenado por el sistema (p. 104). La presencia de la religión en la historia de la prisión es abrumadora y esto resulta evidente en países como el Perú, pertenecientes una larga tradición católica y en donde esta institución aún tiene un papel importante en las políticas penitenciarias. En definitiva, este breve paréntesis acerca del interés de la religión por plantear sus propias soluciones al problema de los privados de libertad es necesario en cuanto más adelante veremos cómo se ha adaptado hasta los modelos contemporáneos. Dicho esto, pasaré a desarrollar los antecedentes del modelo incapacitador.

4.4.2 Antecedentes de los modelos incapacitadores

A partir del siglo XVII, el crimen en Europa cambió. Los crímenes violentos y físicos disminuyeron, dando paso a nuevas formas de delitos patrimoniales y formas delictuales más difusas. Tras los siglos XVIII y XIX, el modelo punitivo que giraba alrededor del castigo corporal y la exhibición, cambia hacia una “penalidad de detención” (Foucault, 2002 [1975], p. 69-71). Lo que conocemos hoy como prisión, fue en sus inicios una manera de extirpar los malos elementos sociales con el fin de mantener el bienestar de la comunidad. Como recuenta Garland (1998), “hasta el siglo XIX el encarcelamiento no solía utilizarse apenas como método para castigar el castigo el delito. La mayoría de las ciudades, independientemente de su tamaño, tenían una cárcel, pero ésta eran (sic.) generalmente muy pequeña y sin capacidad para albergar a más de tres o cuatro prisioneros a la vez” (p. 248). Borrachos, vagabundos y trabajadoras sexuales fueron los primeros sujetos en aislarse en estos espacios que hoy podríamos llamar *carceletas*, ya que eran lugares de transición o simple acopio de malos elementos.

Este espíritu de anulación del delincuente que opta por aislar a los sujetos peligrosos o desagradables con el fin de proteger a la sociedad o, en general, de neutralizarlos de tal manera que no representen un peligro, tiene larga data. Ya Sócrates, en el *Diálogo Protágoras*, menciona que, al incapaz de participar del honor y la justicia, lo eliminen como a una enfermedad de la ciudad, e incluso Rosseau quien afirma que el malhechor ha roto el pacto social y ya no debe ser considerado como parte del Estado. Tras el abandono del tormento físico su exhibición como la opción primigenia para combatir el delito, la manifestación más popular de la incapacitación y la que tuvo

un mayor impacto en la reforma del tratamiento del crimen, fue la prisión como lugar de aislamiento del criminal. De la misma manera que los leprosos eran abandonados o forzosamente separados para ser enviados a cualquiera de los casi 2,000 leprosarios alrededor de Europa en el primer cuarto del siglo XIII, pronto los criminales corrieron un destino similar, al considerárseles como focos de *infección social*. Rubio (2012) sintetiza correctamente este traslado del castigo guiado por pura proporcionalidad hacia uno que cobra sentido desde el utilitarismo:

(...) la función de la pena se desplazó del horizonte mágico, divino, hacia una cultura de lo racional, de lo justo y de lo útil. En este periodo se da la transición económica hacia el capitalismo y justo entonces surge la necesidad de contener a las grandes cantidades de hombres que una vez fuera de los feudos no encontraban rápido acomodo en el nuevo modo de producción. A partir de entonces el trabajo es adoptado como un instrumento para cubrir la necesidad de mano de obra que proponía el nuevo esquema económico. Las formas que acogió la sanción penal en esta fase, en orden cronológico, fueron: las galeras, los presidios, la deportación y los establecimientos correccionales, entre otras. (p. 13)

Tras el abandono del tormento físico, la manifestación más popular de la incapacitación y la que tuvo un mayor impacto en la reforma del tratamiento del crimen, fue la prisión como lugar de aislamiento y acopio del criminal. “En lugar del doloroso castigo corporal, algunas veces tan extremo como el dibujo y el despiece de Damiens, Francia opta por el encarcelamiento, el cual estaba destinado a privar a los criminales de libertad” (Gibson, 2011, p. 1041-1042). Esta institución aparece a partir la reflexión sobre los fines de la pena: Beccaria ([1764]2015) ya señalaba que el castigo no gira alrededor del tormento, sino que busca “impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales” (p. 33). La influencia de reformadores como Beccaria inspiró a una serie de soberanos a realizar cambios significativos, como, por ejemplo, Federico el Grande, quien abolió la tortura, María Teresa de Habsburgo y la prohibición de la quema de brujas, Leopoldo II con la abolición de pena de muerte en 1786, entre otros (Materni, 2013, p. 271). El cambio de paradigma en cuanto al castigo, resulta evidente.

Garland (1991) acierta al afirmar que la prisión ofrece una “forma de castigar a las personas (someterlas a un tratamiento difícil, infligirles dolor, infligirles daño) de una manera que resulta compatible con las sensibilidades modernas y las restricciones sobre la violencia física abierta” (p. 159). Esto es lo que Foucault ([1975] 2002) quería decir cuando interpreta a la prisión como una consecuencia de la aparición de la *humanidad*

del asesino, concepto que solo aparece tras siglos de suplicio y ensañamiento con el cuerpo de los castigados (p. 68). Empero, se debe tomar en cuenta que es el propio Foucault quien busca evitar que creamos en una ciega inspiración filantrópica por parte de los reformistas burgueses de la época, en cuanto arguye “que los “reformistas” burgueses de los siglos XVIII y XIX estaban motivados por el deseo de derrocar el absolutismo real y redirigir la ley penal contra delitos particularmente perjudiciales para sus intereses de clase (...) en lugar de la benevolencia o una nueva revulsión contra los humanos sometidos a actos físicos tortura” (Gibson, 2011, p. 1042). Es importante apreciar que alrededor de la evolución del castigo (y, por tanto, del control o la manipulación de tanto el cuerpo como la mente de los castigados) la presencia de diversos intereses políticos es evidente, pues ha sido y continúa siendo uno de los tantos factores que influyen la ejecución de la pena.

Ya en los inicios del siglo XVIII, tal como refiere Foucault ([1975] 2002), lentamente se tomaron en cuenta las diferencias entre los aislados, no solo por sus características individuales, sino también la gravedad de sus delitos. A principios del Siglo XIX, respecto a los Códigos de 1808 y 1810, los legisladores franceses ya hacen una diferencia entre la mera detención y la prisión, al momento de mencionar que “no se puede permitir (...) que el individuo condenado a unas penas ligeras se encuentre encerrado en el mismo local que el criminal condenado a penas más graves (...) [buscando así] la reparación del crimen [y] la enmienda del culpable” (p. 213). Esta práctica de separar y diferenciar a los castigados según sus particularidades se volvería tendencia durante el Siglo XVIII, hasta la actualidad. Miethe y Lu (2005) aciertan al mencionar que, “contrariamente a los patrones históricos de incapacitación que enfatizaron la reducción de la oportunidad física para el crimen y la desviación, las versiones modernas de esta filosofía son más “prospectivas” (p. 19-20), permitiendo satisfacer las reglas de la sociedad moderna respecto al respeto del individuo y sus derechos.

Si bien hoy por hoy el modelo incapacitador se ha mezclado con otras corrientes de la filosofía del castigo, autores como Materni (2013) afirman que no hay mucho que decir al respecto, ya que este, finalmente, gira alrededor de la construcción de muros entre las poblaciones peligrosas y aquellas en peligro, ya sea con un *encierro* previo o posterior a la comisión de un crimen (p. 294). El modelo incapacitador se encuentra dentro de las doctrinas utilitarias, sí, pero su sentido de la prevención del delito gira alrededor de la limitación física parcial o total del criminal, cosa que le impide delinquir o reincidir en la conducta delictiva. Sin embargo, es importante hacer una aclaración

respecto a la relación entre la incapacitación y la prisión, a fin de evitar futuros malentendidos: “La incapacitación ocupa un lugar destacado como uno de los principales propósitos del castigo” por lo que “gran parte del discurso político sobre la reducción del crimen se centra de manera abrumadora en la efectividad del encarcelamiento” (Figueireido, 2015, p. 1027-1028). La prisión, no obstante, no es el único método de *neutralización* a saber, pues ya Miethé y Lu (2005) identifican prácticas como los grilletes electrónicos, los alcoholímetros y otras formas de vigilancia que ellos llaman “hardware incapacitante” (p.18). En ese sentido, quisiera cerrar esta sección concluyendo que, si bien la manifestación más evidente de la incapacitación es la prisión, no debemos, a nivel de debate y reformulaciones acerca de los modelos punitivos, reducir esta corriente al acopio de criminales. Existen otras formas de incapacitación y que vale la pena incluir al momento de cuestionar y desarrollar este tipo de modelo. Al respecto y a continuación, pasaré a desarrollar las últimas tendencias respecto a los modelos incapacitadores.

4.2.3 Estado y tendencias de los modelos incapacitadores

Al adentrarnos a los diversos estudios sobre los efectos de la incapacitación, considero trascendente mencionar una de las ediciones especiales del *Journal of Quantitative Criminology* (diciembre 2007) que contiene diversos artículos académicos acerca de la incapacitación. De todos los trabajos mencionados, rescato tres particularmente llamativos: 1) el artículo de Reuter y Bushway que se concentra en la importancia del uso de datos a nivel individual para este tipo de estudios, 2) el trabajo de Piquero y Blumstein, quienes destacan información relevante acerca de recientes estimaciones sobre carreras criminales, describiendo una ambiciosa agenda de investigación para el trabajo continuo y ampliado sobre incapacitación y delincuencia que se centra en desarrollar mejores estimaciones de las características de las carreras criminales y 3) el artículo de Sweeten y Apel, quienes a partir del National Longitudinal Survey of Youth (1997) obtienen estimaciones de los crímenes evitados gracias a la incapacitación de delincuentes juveniles (16-17) y adultos (18-19).

El trabajo de Reuter y Bushway (2007) precisa que hay dos “hay dos enfoques para el estudio de la incapacidad: el primero, desde la criminología, basado en datos de nivel individual para generar estimaciones de λ , la frecuencia de la ofensa (...) el segundo enfoque, desde la economía, se basa en datos de nivel agregado para generar estimaciones del impacto de la prisión en el crimen” (p. 260). Piquero y Blumstein (2007)

siguen esta premisa con términos distintos, aunque, a mi parecer, más fácil de comprender:

Tradicionalmente, ha habido dos enfoques principales para desarrollar estimaciones del efecto del encarcelamiento en el crimen (Donohue y Siegelman, 1998). El primero, popular entre los criminólogos, se centra en examinar las tasas de infracción individuales. Al eliminar a un criminal convicto de la calle y al encarcelarlo, los investigadores pueden estimar el crimen que de otra manera habría cometido en la comunidad. Este enfoque implica el uso de información sobre la carrera criminal en las tasas de infracción y desistimiento.

[...] El segundo enfoque para estimar el efecto del encarcelamiento, centrado en la economía, implica el uso de datos transversales a nivel nacional, estatal o del condado para captar el impacto del encarcelamiento en las tasas de delincuencia agregadas. Este método captura el impacto conjunto de la incapacitación y la disuasión (Levitt 1996; Marvell y Moody 1994), y trata de estimar la reducción total del delito asociada con el aumento de la encarcelación sin distinguir entre la incapacitación y los efectos disuasorios (Donohue y Siegelman 1998, pág. 7). El enfoque aquí generalmente es sobre cambios en las políticas que conducen a aumentos o disminuciones en el número de personas que están encarceladas. (p. 268)

Por otro lado, Sweeten y Apel (2007) también inician su artículo mencionando los dos tipos generales de investigación acerca de la efectividad de la incapacitación (entendida como prisión). Ellos utilizan los términos “de arriba hacia abajo” y “de abajo hacia arriba”, estando el primero basado en el uso de datos agregados para estudiar la influencia de la prisión sobre las tasas de crimen y el segundo la efectividad de la prisión. En su estudio, ellos deciden estimar un *contrafactual* de individuos privados de libertad para determinar una proyección del número de crímenes que habrían cometido si estuviesen cumpliendo su condena en libertad en vez de dentro de una institución. Tomando como muestra dos rangos de edad (16-17 y 18-19), Sweeten y Apel (2007) buscan contrastar el efecto de incapacidad de los menores frente a los adultos (p. 304-306). En la misma edición del *Journal of Quantitative Criminology* se menciona a Avinash Singh Bhati, miembro del grupo de investigación americano “Urban Institute”, quien tiene un sintético pero ilustrativo trabajo cerca del método detrás de los estudios que buscan determinar los efectos preventivos de la prisión.¹⁹

¹⁹ Ver: BHATI (2007)

Por otro lado, la incapacitación como modelo punitivo cuenta con dos tipos de estrategias del control del crimen: la incapacitación colectiva y la selectiva, las cuales han sido estudiadas en diversas ocasiones, sobre todo en el sistema norteamericano. A partir del trabajo de Greenberg, Visher (1987) define ambos tipos de estrategia incapacitadora:

La **incapacidad colectiva** se refiere a la reducción del delito lograda a través de las políticas tradicionales de sentencia y encarcelamiento basadas en delitos o cambios en esas políticas, como la imposición de penas mínimas obligatorias. Según estas políticas, las sentencias de los delincuentes generalmente se basan en la gravedad del delito de condena y quizás en el historial anterior del delincuente. Esta filosofía de “solo merecimiento” sirve como ideal para muchos jueces, aunque las prácticas de sentencia reales en los Estados Unidos son bastante diversas.

La **incapacidad selectiva** es un intento de mejorar la eficiencia del encarcelamiento como estrategia de control del delito al adaptar las decisiones de sentencia a los delincuentes individuales. Una estrategia de incapacidad colectiva requeriría sentencias similares para los delincuentes condenados por el mismo delito o penas más largas para todos los que tengan antecedentes previos. Sin embargo, cuando se aplica una estrategia selectiva, los delincuentes que se cree que representan el mayor riesgo de crímenes futuros se convierten en los principales candidatos para el encarcelamiento y para penas de prisión más largas (...) clave para reducir la delincuencia mediante políticas selectivas de incapacidad es la capacidad de identificar a los delincuentes que cometerán delitos graves a tasas elevadas en el futuro. (p. 514-515)

Ambos tipos de incapacitación han sido estudiados en diversas ocasiones. Algunos ejemplos son las investigaciones de Greenwood y Abrahamse (1982) para el tipo selectivo y Ehrlich (1974), Shinnar y Shinnar (1975) en el caso del tipo colectivo, entre otros²⁰. Janet Chan (1995), por ejemplo, realiza una importante revisión de los trabajos más famosos respecto a la efectividad de ambos tipos de incapacitación en el boletín *Crime and Justice del New South Wales Bureau of Crime Statistics and Research*, concluyendo que una disminución del 10% en la delincuencia generalmente requiere una duplicación de la población carcelaria (p.10). Ahora bien, resulta evidente que la mayor parte de investigaciones disponibles sobre este tema vienen de Estados Unidos y es que en este país, “la incapacitación se convirtió en la lógica predominante para el auge de las prisiones, ya que el modelo de rehabilitación que dominó a lo largo

²⁰ Ver: VISHER (1987:518) para encontrar una importante recopilación de trabajos sobre incapacitación colectiva en los Estados Unidos en la década de los setentas y ochentas.

de los años sesenta y principios de los setenta comenzó a disminuir en popularidad” (Figuereido, 2015, p. 1027). Empero, la reputación de la incapacitación como justificación del castigo y estrategia para control del castigo no es, actualmente, de las mejores.

4.2.4 Críticas hacia los modelos incapacitadores

En efecto “los liberales en la política de control del delito tienden a desaprobado la prisión y, en consecuencia, a desconfiar de los reclamos sobre sus efectos positivos. Los conservadores, por el contrario, ven las penas de prisión como moralmente apropiadas” (Zimring y Hawkins, 1995, p. 10). Esta división tradicional respecto a la pena ha sobrevivido al auge y caída de las distintas justificaciones del castigo; hoy en día podemos conocer las muy válidas críticas hacia los dos tipos de incapacitación, pero sobre todo hacia la selectiva. Antes de pasar a este punto, la crítica de Binder y Notterman (2017) acerca de esta justificación del castigo resulta dura, pero trascendental, especialmente porque sintetizan los grandes impedimentos éticos de la misma:

La incapacidad penal **se basa en una comprensión del comportamiento que es profundamente inconsistente**. Sus defensores ven a los delincuentes como inherentemente peligrosos y propensos a reincidir, independientemente de dónde se encuentren. Sin embargo, también presume que los delincuentes no continuarán ofendiendo una vez que estén encarcelados. Una posible réplica es que un sistema de justicia penal incapacitador no necesita prevenir el crimen en prisión. La dificultad con esta solución es que abandona una característica esencial de la incapacidad: su utilitarismo. Desde una perspectiva utilitaria, el bienestar de todas las personas cuenta por igual, incluido el de los delincuentes. No tiene ningún propósito imponer sufrimiento a un delincuente simplemente para trasladar sufrimiento adicional de una víctima a otra. Si el propósito de la incapacidad no es reducir el crimen sino redistribuirlo a los culpables, abandona su reclamo de avanzar en el bienestar público. Así concebida, la incapacitación no es una razón clara para el castigo, sino que es un medio de retribución. (p. 3-4)

Esta crítica resulta mucho más nítida cuando la situamos en la incapacitación selectiva, estrategia bastante popular en sistemas judiciales como el norteamericano. Miethe y Lu (2005), autores clave a lo largo de esta investigación, afirman que “los esfuerzos para predecir con éxito a delincuentes de alto riesgo sufren numerosos

problemas éticos y prácticos, incluidas altas tasas de falsos positivos²¹ y falsos negativos²²” (p.19). Por otro lado, Boeglin y Saphiro (2017) enriquecen el debate conviniendo en que:

(...) Hay al menos dos problemas fundamentales con la teoría de la peligrosidad como justificación del castigo diferencial. En primer lugar, al igual que cualquier proxy aproximado, es necesariamente excesivo e insuficiente, ya que prolonga innecesariamente la sentencia de muchos delincuentes que representan un riesgo pequeño para la sociedad, mientras que no logran incapacitar a muchos delincuentes realmente peligrosos. En segundo lugar, la causa del daño está lejos de ser la mejor (y, de hecho, es probablemente una muy mala) medida de la peligrosidad de un delincuente individual, los antecedentes penales, la salud mental o incluso la información demográfica como la edad, el género y la raza, probablemente sean proxies más fuertes para la probabilidad de comportamiento criminal futuro. (p. 1520)

Igualmente, Golash (2005) asegura que, hasta la fecha, los mejores estudios que buscan predecir actividades peligrosas o delictivas desde lo individual han tenido un éxito limitado. Esto en cuanto los estudios basados en factores tradicionalmente criminógenos como el abuso de sustancias, antecedentes penales, entre otros, “han identificado con éxito, en el mejor de los casos, a la mitad de los que luego demostraron ser “peligrosos”, mientras que identificaron incorrectamente como peligrosos a muchos que demostraron no serlo” (p. 33-34). Parece ser cada vez más evidente que las críticas hacia la justificación incapacitadora del castigo tienen, curiosamente, mucho que ver con movimientos importantísimos para el derecho penal, como son la criminología crítica y el estudio del delito y la prisión desde una perspectiva menos neutral y mucho más política.

Es así que el punto de vista de los detractores de este modelo es compatible con posiciones como las de Alessandro Baratta (1986) hablan de un *mito de la igualdad* del derecho penal (p. 168), o las Gómez y Silva (2015), quienes sostienen que la prisión funciona “como un dispositivo que selecciona a las clases más vulnerables para someterlas al aconductamiento (sic.) y, en particular, a la cruel marginación que acompaña los procesos de etiquetamiento social que se suman a la privación de la libertad (p. 58), entre otros. También debemos incluir las posiciones del abolicionismo penal, corriente que sostiene que “el sistema penal causa más perjuicios que beneficios

²¹ Etiquetar falsamente a alguien como un delincuente de alto riesgo.

²² Liberar a los delincuentes de alto riesgo porque eran erróneamente caracterizado como de bajo riesgo

a la sociedad y que, por lo tanto, no merece permanecer en funcionamiento [en cuanto] ha sido creado para perpetuar un orden social injusto, selectivo y estigmatizante (Achutti, 2015, p. 56). En definitiva, las críticas hacia la incapacitación como justificación del castigo forman parte de posiciones que no solamente buscan crear cambios significativos en los modelos penales actuales, sino que inclusive pretenden desaparecerlos por completo.

Es así que los autores abolicionistas “dicen que el interaccionismo simbólico demostró que la prisión es reproductora de criminalidad (...) [llegando a sostener] que la prisión es apenas una alternativa a la tortura y la pena de muerte (Elbert, 1996, p.124). Algunos autores importantes de esta corriente son Hulsman, Christie y Mathiessen, inspirados en su mayoría por las ideas de Foucault respecto a las estructuras que perpetúan relaciones asimétricas de poder. Por supuesto, existen fuertes críticas hacia una posición tan tajante como es la abolición de la prisión y de buena parte del sistema penal que conocemos hoy en día, entre las que se encuentran el hecho de no desarrollar alternativas para la prisión y de dejar la situación *post* sistema de justicia penal, en la incertidumbre (Scheerer, 1989, p.24), entre otros. Como bien recapitula Elbert (1998):

El abolicionismo parece estar prisionero de su fácil delimitación de un objeto; si lo mantiene concentra fuerza, pero se le torna difícil la operatividad en el campo social; si se aleja del objetivo final pierde contorno, y puede operar en el campo social con herramientas y proposiciones que ya son patrimonio de otras corrientes y teorías (...) Otras críticas que se han dirigido a esta corriente, apuntan a la excesiva e ingenua confianza en la víctima; también a que su futuro rol protagónico (reclamado especialmente por Christie) debe ir necesariamente acompañado de una disminución del poder de los órganos estatales para imponer la solución, o sea, un modelo de estado diferente. (p. 129-130)

Habiendo señalado, pues, los pros y contras de la justificación incapacitadora del castigo, es importante recordar que la discusión está muy lejos de estar concluida (y lo mismo podría decirse de la mayor parte de los modelos punitivos): se siguen debatiendo nuevas formas de adecuar la incapacitación del reo a nuevos estándares en materia de derechos humanos y garantías constitucionales, así como de alejar a la prisión, de sus terribles antecesores. A continuación, se pasará a desarrollar de otra justificación del castigo igual o quizás más controversial y que ha dado mucho de qué hablar en los últimos años, en especial respecto a los adolescentes infractores: la rehabilitación.

4.6 Modelos Rehabilitadores

4.6.1 Definición de los modelos rehabilitadores

Autores como Cid Moliné (2009) definen al modelo rehabilitador como aquel que “presupone un sistema legal que atribuye a quien aplica el derecho un margen importante de discrecionalidad para adecuar la pena al riesgo de reincidencia que presente cada persona y a sus factores criminógenos” (p. 37). Por otro lado, Miethe y Lu (2005) indican que “el objetivo final de la rehabilitación es restaurar a un delincuente convicto a un lugar constructivo en la sociedad a través de una combinación de tratamiento, educación y capacitación” (p. 22). En otras palabras, y tras haber superado los modelos puramente disciplinarios y patológicos, la rehabilitación se entiende hoy en día como aquellas medidas que, dentro de lo posible, buscan darle al condenado las oportunidades suficientes para que pueda desarrollarse de manera independiente y eficiente en la sociedad. Carrabine, Cox y otros (2009) están de acuerdo con esta definición cuando afirman que “pocos ahora mantienen la idoneidad de los modelos de castigo “médicos”, o afirman que la ciencia puede proporcionar una cura para toda criminalidad (...) los programas de rehabilitación ahora se consideran medidas que podrían “facilitar el cambio” en lugar de “forzar una cura” (Cavadino y Dignan, 2002: 38)” (p. 297). La propia Constitución Política del Perú indica en su artículo 139, inciso 22, que el régimen penitenciario tenga por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, asumiendo así la noción más moderna del concepto, por lo menos en lo teórico.

4.6.2 Antecedentes de los modelos rehabilitadores

Hablar de rehabilitación nos lleva a pensar, inevitablemente, en lo científico, sobre todo la medicina y la psicología; pensamos, por tanto, en el acto de reparar, reivindicar y conseguir que algo o alguien, a través de un determinado proceso, mejore su condición. Sin embargo, los orígenes de la rehabilitación como justificación del castigo se vinculan con métodos muy alejados de lo científico. Kanduč (1996) divide a la historia de la rehabilitación en tres tipos de regímenes: disciplinarios, patológicos y reeducativos (p. 151), cada uno con su propia diversidad. Los primeros se basaron en el silencio, el aislamiento, el trabajo y el castigo (Campbell, 2005, p. 831) y entre los que

podemos encontrar cinco tipos principales.²³ El siguiente cuadro puede ser de ayuda para entender su progreso:

**CUADRO NRO. 5
SISTEMATIZACIÓN DEL PROCESO DE LOS RÉGIMENES REHABILITADORES**

	Régimen Pensilvánico	Régimen Auburniano	Régimen de Montesinos	Régimen de Maconochie	Régimen Irlandés
Año de inicio	1790	1818	1839	1840-1849	1883
País	Colonias británicas en América del Norte (Pensilvania).	Auburn, Estado de Nueva York,	Valencia, España	Colonia penal de Nolfork	-
Actividad Clave	Aislamiento celular continuo, inexistencia de trabajo y silencio total	Aislamiento celular nocturno, trabajo en común durante el día, regla del silencio absoluto	Etapa de los hierros (grilletes y cadenas), etapa del trabajo (prestar servicios) y etapa de la libertad intermedia.	Aislamiento celular continuo, diurno y nocturno, aislamiento celular nocturno en celda, trabajo en común durante el día y sujeción a la regla del silencio, libertad condicional.	Pasos del régimen pensilvánico, pasos del régimen auburniano, régimen progresivo español modificado y régimen progresivo de Maconochie (libertad condicional).

Fuente: Elaboración propia

Entre los años 1790 y 1793 se construyeron dieciséis celdas de aislamiento en la prisión de la Calle Walnut, Filadelfia en donde se dio inicio al régimen pensilvánico tras una modificación del código penal norteamericano en donde se abolió la mutilación, azotes y trabajos forzados como castigos (Vega, 1972, p. 198). Este régimen “adoptó como pilares fundamentales el aislamiento celular -instaurado como vimos en la práctica punitiva propia del Derecho Canónico- y la estructura arquitectónica ideada por BENTHAM, si bien en ambos casos con ciertas variaciones” (Carou, 2015, p. 40).

²³ Es importante mencionar que la literatura en materia penitenciaria incluye a otros modelos, como es el caso del régimen de Obermayer (1842), el cual incluía la vida en común bajo silencio absoluto, la agrupación según características en común y, finalmente, el reconocimiento positivo de la buena conducta mediante la reducción de la pena. (Murase 2015: 9)

Después de expandirse como el modelo predominante a lo largo de los Estados de la Unión y Europa, el régimen pensilvánico eventualmente fracasó. Es así que:

Sin embargo, aunque representó un positivo avance en el proceso de evolución del penitenciarismo con relación a las prisiones oscuras, al hacinamiento promiscuo y al castigo corporal de épocas pasadas, tuvo un error inicial con la implantación del confinamiento permanente, que gravitó enormemente en el fracaso final del régimen. Los penalistas y penólogos de esa época censuraron crudamente su característica principal: Enrique Ferri la llamó "aberración del Siglo XIX". (Vega, 1972, p.199).

Posteriormente aparece el régimen auburniano, caracterizado por el trabajo y la disciplina, pero especialmente, por el silencio. Este tenía el propósito de obligar a los presos a reflexionar sobre el porqué eligieron dedicarse al delito (Campbell, 2005, p. 831). Entre los años 1816 y 1821, la prisión de Auburn se construyó e implantó un sistema basado en el aislamiento celular nocturno, el trabajo en común durante el día y en una regla de silencio absoluto que era reforzada por la amenaza de fuertes castigos físicos. "Entre sus ventajas destaca una eficaz organización del trabajo de los presos, la ventaja de la supresión del aislamiento integral y, en términos económicos, el costo era más reducido por el menor número de vigilantes y también por las ganancias que producía el trabajo de los presos" (Murase, 2015, p. 7). No obstante, y como menciona Vega (1972), el uso del silencio como mecanismo de disciplina fue también el punto más vulnerable de este sistema:

El Silencio Absoluto, es tan contrario a la naturaleza humana como el aislamiento, ya que es imposible hacer vivir completamente callado al ser humano cuando posee voz para trocar sus ideas en palabras y reflejar sus sentimientos ... " "Es probable que allí haya nacido el lenguaje sobre-entendido que utilizan los reclusos en todas las prisiones del mundo: Golpes en las paredes, lenguaje manual semejante a los sordomudos, movimientos de los pies, golpes en las cañerías, arrojar aserrín en la limpieza, juego de espejos, etc.". (8). Russell y Crawford, encargados de la vigilancia de las prisiones inglesas, dicen de Auburn: "El sistema del silencio instituido en Auburn para prevenir los inconvenientes y los peligros de la reunión de los culpables, es complicado en su mecanismo, embarazoso en su marcha e impropio al fin que se quiere obtener". (p. 201)

Aparentemente trivial, esta observación me parece llamativa e importante. El hecho que la aplicación de una medida tan severa e inhumana como el silencio absoluto haya resultado en la aparición de nuevas formas de comunicación entre los prisioneros es evidencia que una disposición mal diseñada puede, finalmente, causar resultados

contrarios a los esperados. El modelo auburniano fue muy popular en las prisiones norteamericanas, pero también ejerció una fuerte influencia en el sistema penitenciario peruano, punto que se desarrollará más adelante. Resulta significativo mencionar que las experiencias del régimen auburniano sirvieron de base para el ya mencionado régimen de Montesinos, Maconochie y Crofton.

Respecto al primero, el nombre se debe al Coronel del Ejército español, Manuel Montesinos, quien fue nombrado director del Presidio de San Agustín de Valencia alrededor de 1835. El efecto que ha tenido este personaje en el sistema penitenciario europeo y latinoamericano es notable. Siendo un opositor del aislamiento celular absoluto debido a ser contrario a la natural sociabilidad humana (Carou, 2015, p. 43), “su régimen se basaba en el conocimiento profundo de la idiosincracia del reo español, en el convencimiento de que nunca se le quiso escuchar y sí escarnecer. Partiendo de esa realidad, “ideó un nuevo método penitenciario en donde el comportamiento del sentenciado era el único elemento valedero para determinar su tratamiento” (Vega 1972: 202). El mismo consistía en las siguientes etapas:

En su caso el cumplimiento de la pena se dividía en tres etapas: la «de los hierros», la «del trabajo» y la «de la libertad intermediaria». Durante el primer periodo, el penado se dedicaba a la limpieza y a otros trabajos dentro del establecimiento, hasta que se le destinaba a un oficio determinado. En ese momento el recluso iniciaba la segunda etapa, en la que se dedicaba al trabajo (en este caso remunerado), persiguiendo la especialización y capacitación profesional. Si se establecía que el reo tenía una buena conducta y realizaba diligentemente su trabajo, éste entraba en la tercera fase, en la cual podía salir a trabajar fuera del establecimiento. Este periodo constituye el origen del actual régimen abierto, que se analizará más adelante, y responde a la afirmación hecha por el propio Montesinos: «El objeto de los castigos no es la expiación del crimen, sino la enmienda y aviso de criminales; porque el oficio de la justicia no es vengar, sino corregir». (Murase, 2015, p. 10)

Consecutivamente y en la misma línea que Montesinos, se constituye el régimen de Maconochie, también conocido como el *mark system*. Gobernador de la isla de Norfolk en Australia, Alexander Maconochie fue el responsable de desarrollar otro régimen progresivo el cual consistía en “medir la duración de la pena por una suma de trabajo y de buena conducta impuesta al condenado”. Este control se ejercía, otorgándole un número de marcas o vales. La buena conducta y el rendimiento se acumulaban en vales a favor; la alimentación, multas por indisciplina, se computaban en contra” (Vega, 1972, p. 202). Los sistemas de Montesinos y Maconochie fueron fusionados en el régimen irlandés, también conocido como de Crofton, el cual a diferencia de todos los anteriores,

este sistema tiene cuatro fases: la primera basada en la reclusión tanto durante el día como la noche, con una restricción en las comunicaciones y una dieta especial, la segunda en el trabajo común y silencioso durante el día y reclusión durante la noche, la tercera en trabajo al aire libre en prisiones separadas y finalmente, la etapa de libertad condicional (Murase, 2015, p. 10). Estos modelos, como se mencionó en un principio, siguen la orientación de la rehabilitación mediante regímenes disciplinarios.

Respecto a los modelos patológicos, es interesante notar que se suele hacer una equivalencia entre estos y la rehabilitación como concepto general. Inclusive muchas de las críticas dirigidas hacia la misma suelen referirse únicamente al uso de la terapia para reducir y controlar la delincuencia (Kanduč, 1996, p. 151). Por otro lado, Redondo Illescas realiza una excelente recopilación acerca de los inicios de la intervención psicológica en casos de violencia delictiva:

Desde el propio origen de la intervención psicológica pueden econtrarse aplicaciones pioneras en el tratamiento de problemas vinculados a la violencia delictiva (Andrews y Bonta, 2016; Labrados, 2016b; Mayor y Labrador, 1984), tales como las de Bechterelev (en 1923), Kostyleff (en 1927) y Meigmant (en 1935) sobre parafilias, o las de Kantarovich (en 1929), Ichok (en 1934) y Voegtlin, Lemere y Broz (en 1940) sobre alcoholismo. Con posterioridad, autores de la máxima relevancia en el propio origen y desarrollo de los tratamientos psicológicos, como Skinner (1968, 1977), Eysenck (Eysenck, 2014; Eysenck y Gudjonsson, 1989) y Bandura (Bandura y Walters, 1990; Kazdin, 1988; Kazdin y Buela-Casal, 1999) se ocuparon también del problema delictivo y del tratamiento de los delincuentes. (2017, p.36)

También llamado modelo médico, este tipo de intervenciones surgieron “a principios de siglo en respuesta a la ineficacia percibida de los primeros medios de reforma que utilizaban castigos laborales y físicos para cambiar el comportamiento de las personas” (Campbell, 2005, p. 831). Aparecen pues, nuevas disciplinas “científicas” como la psiquiatría, la psicología y la criminología que buscaban analizar al delincuente y al delito con el propósito de entenderlo, moldearlo y, finalmente, controlarlo. Maruna y Ward (2008) llaman a esta primera época los *good old days*, en donde la rehabilitación contaba con una importante aprobación de la sociedad y las prisiones tenían el propósito de reformar y corregir, alcanzando una especie de pico en California a fines de la década de 1960 y principios de la década de 1970, cuando el estado invirtió en intervenciones altamente innovadoras y teóricamente sólidas (p. 8).

El entusiasmo que trajo la rehabilitación fue eventualmente dejado de lado y reemplazado por una fuerte corriente que resaltaba su fracaso. En principio, los nuevos

modelos médicos trajeron una serie de métodos “extraordinariamente invasivos e incluso ilegales en muchas instituciones correccionales, incluyendo psicocirugía, terapia electro-convulsiva y castración quirúrgica y química, todo en nombre de la rehabilitación” (Campbell, 2005, p. 832). En efecto, “después de décadas de intentos, los criminólogos y los teóricos sociales acordaron en gran medida que la búsqueda de rehabilitación había fracasado” (Duus-Otterström, 2007, p. 75-76). Podemos decir que el punto de quiebre de la rehabilitación llegó con Robert Martinson en 1974 y su trabajo “¿Qué funciona?”, el cual marcó un hito y un antes y después de las políticas rehabilitadoras.

En su texto, Martinson (1974) trata sobre una serie de temas, como son los efectos del asesoramiento individual y el asesoramiento grupal, el tratamiento médico, las consecuencias de la sentencia y el encarcelamiento del condenado, la psicoterapia en entornos comunitarios, entre otros. Él mismo se plantea la pregunta si es que realmente nada funciona y contesta diciendo que tras de más de doscientos estudios y cientos de miles de individuos, hay “muy pocos motivos para esperar que, de hecho, hayamos encontrado una manera segura de reducir la reincidencia a través de la rehabilitación” (p. 49). En conclusión, el modelo médico cae en desgracia debido a naturaleza inhumana de muchas prácticas, a la creciente preocupación por los derechos de los prisioneros y la escasez de evidencia sobre la efectividad de las intervenciones (Campbell, 2005, p. 832). Como consecuencia de todo lo mencionado, se construyó un importante movimiento en contra del modelo rehabilitador. Aunque autores como Carrabine (2009) sostienen que tendencias como estas se aceptaron “menos por su validez, y más porque se ajustaba al estado de ánimo de los tiempos, en los que había un movimiento general hacia la derecha política en ambos lados del Atlántico y una reacción generalizada contra cualquier forma de soluciones de bienestar social. problemas sociales” (p. 297), lo cierto es que trajo consigo una serie de cambios, a saber:

La política penal en los Estados Unidos, siguiendo a Martinson, ya no buscó rehabilitar a los prisioneros. Por lo tanto, la Corte Suprema de los EE. UU., En *Misretta v. EE. UU.* En 1989, confirmó las pautas federales que eliminaron el objetivo de la rehabilitación al condenar a los infractores. Las sentencias futuras solo tendrían que considerar el delito, con poca preocupación por factores como la susceptibilidad al tratamiento o la historia social y familiar. (Campbell 2005, p. 832)

Es así que el trabajo de Martinson tuvo un gran impacto, no solo en el sistema de justicia, como se menciona líneas arriba, sino incluso a nivel político. Ward y Maruna

(2008) mencionan que, en un principio, este trabajo y los posteriores reportes que le siguieron, todos concentrados en el fracaso de la rehabilitación, fueron utilizados tanto por los partidos de izquierda, derecha y centro para iniciar una nueva etapa en donde el propósito de la pena era el puro y duro encierro (p. 8). Por otro lado, García-Pablos de Molina (2008) afirma que el escepticismo de Martinson “adquirió el estatus de verdad incuestionable en un momento histórico de crisis y desengaños de la sociedad norteamericana que clamaba por la ley y el orden como única salida” (p. 628). Garland (2001) afirma que “este cambio de opinión se dio primero y entre los académicos, pero, eventualmente con más dudas, también afectó a las aspiraciones de los operadores, el razonamiento práctico de las autoridades políticas y las expectativas del público en general (p. 42-43). No obstante, el modelo rehabilitador eventualmente vuelve a renacer y ganar popularidad. Ward y Maruna (2008) narran que apareció un grupo de investigadores conocidos como el “*What Works movement*” y que consiguieron presentar evidencias que, contrarias a Martinson, demostraban el éxito de la rehabilitación. En resumen, este movimiento “fue una campaña de conmoción y asombro” que pareció poner fin al reinado de treinta años de escepticismo luego de la crítica imperfecta, sobreexpuesta y exagerada de Martinson” (p. 8). Es así que entramos en el último modelo rehabilitador mencionado anteriormente por Kanduč (1996): el reeducativo/resocializador:

Al igual que los otros dos, mencionados anteriormente [disciplinario y patológico] este paradigma también presupone la teoría etiológica específica del criminal comportamiento. En este caso, respalda la tesis sobre la socialización primaria o secundaria inadecuada o insuficiente: el modelo pedagógico propuesto de rehabilitación debería eliminar exactamente esta insuficiencia a través de la forma de, por ejemplo, (re) educación o (re) socialización. Este modelo no implica un tratamiento estrictamente individual, sino varios mecanismos intersubjetivos, colectivos y comunicativos que deberían generar las experiencias sociales positivas del individuo y mejorar sus habilidades, destrezas, conocimiento y estructura motivacional. (p. 151)

A modo de cierre, quisiera mencionar que el propósito del presente acápite ha sido entender que la rehabilitación puede entenderse desde los puntos de vista disciplinarios, patológicos y educativos y que cada uno de estos responde a un contexto histórico y a una determinada filosofía. A pesar de los errores y fases experimentales por los cuales pasó cada sistema, es innegable que a la fecha todavía tenemos rezagos de los mismos, sobre todo del disciplinario y educativo. Como mencioné, hay algo bastante optimista acerca de la rehabilitación como filosofía del castigo, por lo cual se ha adoptado en muchas sociedades como el norte de los sistemas penitenciarios. Afortunadamente, el

modelo rehabilitador se ha visto nutrido por distintas corrientes y disciplinas, de tal manera que se proteja al individuo y no se le instrumentalice con fines caprichosos o nebulosos. Es por ello que a continuación pasaré a detallar las últimas tendencias respecto a los modelos de rehabilitación.

4.6.3 Estado y tendencias de los modelos rehabilitadores

La actualidad de la rehabilitación y el tratamiento de delincuentes es sumamente diversa: existe una abrumadora cantidad de tipos de terapia, trabajo e intervenciones en las distintas esferas sociales del sujeto, como es el vecindario, el hogar, la escuela, etcétera. Si bien es un tema fascinante, no resultaría pertinente explayarme al respecto; lo que sí me parece relevante es mencionar el trabajo de autores como Redondo Illescas (2017), quien explica que “en su concepción moderna, el tratamiento de los delincuentes intenta influir sobre algunos factores de riesgo personales que (...) se consideran directamente relacionados con la conducta delictiva” (p. 39). Estos últimos se refieren a cosas como el consumo de alcohol o drogas, falta de control de frustraciones, problemas a nivel interpersonal con sus pares o en el núcleo familiar, entre otros.

Duus-Otterström (2007), en la misma línea, asegura que “los modernos rehabilitadores tienden a considerar la idea de mejorar los infractores de mediante el castigo, como exagerada (Honderich 2006), inclinándose más hacia el tratamiento” (p. 74). En efecto, Cid Moliné (2009) explica que hoy en día los modelos rehabilitadores se enfocan, efectivamente, en el individuo y en sus factores criminógenos. El resultado de este proceso tiene como propósito ser evaluado por el juez y así decidir si la pena futura tendrá o no una dimensión rehabilitadora. Este autor hace una separación entre los modelos clínicos, actuariales y de evaluación de riesgos y necesidades (p. 38-40). Al respecto:

CUADRO NRO. 6
ARGUMENTOS Y CRÍTICAS DE LOS MODELOS CLÍNICOS, ACTUARIALES Y DE
EVALUACIÓN DE RIESGOS Y NECESIDADES

Modelo	Descripción	A favor	Críticas
Clínico	Se basa en el análisis del caso concreto a través de la consulta del expediente entrevistas con el delincuente o con otras personas que aporten información. Mediante estos	Pueden ser más económicos Abre paréntesis por requerir la evaluación menor tiempo que otros métodos) y que	Subjetividad, consiguiente falta de consistencia entre diversos profesionales y escaso poder predictivo.

	recursos se realiza un juicio sobre el tipo de intervención más adecuada para conseguir la rehabilitación de la persona.	permiten atender a las peculiaridades del caso concreto.	
Actuarial	Determinan la probabilidad de que la persona reciba baja, media o alta atención sobre la base del reconocimiento de los factores de riesgo asociados a la reincidencia. Se elabora un instrumento que atribuye un peso específico a cada una de las variables de riesgo y se procede a verificar su poder predictivo con otras poblaciones. Una vez validado, el instrumento ya puede ser utilizado como herramienta de predicción en la decisión del tipo de pena o institución que aplicar.	Superioridad predictiva: la valoración sobre base estadísticas es más fiable que la realizada sobre base clínica.	Al centrarse solamente en el riesgo, parecen desconsiderar la posibilidad de cambio de la persona, al focalizarse exclusivamente en factores estáticos (no susceptibles de cambio), carecen de utilidad para determinar qué tipo de intervención correccional requiere cada persona y, como consecuencia de lo anterior, solventar los problemas de la persona generan una estigmatización del individuo.
Análisis de riesgo y necesidad	Se caracterizan por hacer una evaluación de la persona que incluye no sólo factores de riesgo de carácter estático, sino además factores dinámicos, esto es, necesidades o carencias de la persona, que contribuyen a su riesgo de reincidencia, pero que si son abordadas adecuadamente reducen las posibilidades de recaída.		La mayoría de los métodos de tercera generación toman como base de la intervención los métodos cognitivo-conductuales, no dando suficiente relevancia a áreas de carácter social (empleo, educación, vivienda) y, en el plano práctico, parece existir una preocupación entre los profesionales que realizan tareas de evaluación que el uso de estos instrumentos desprofesionalice su función.

Fuente: Elaboración propia

Siguiendo a los modelos de análisis de riesgo y necesidad, considero que algunos conceptos importantes para el tratamiento y rehabilitación de delincuentes son:

“educación (en cuanto a facilitación de información y mejora de conocimiento), entrenamiento (en cuanto práctica de habilidades), y terapia (que suele tener una connotación más clínica, de intervención sobre problemas emocionales y trastornos mentales)” (Redondo, 2017, p. 40). De igual forma, este autor desarrolla los pasos para el diseño y aplicación de programas de tratamiento con delincuentes, los cuales he colocado en un cuadro para mejorar su entendimiento:

CUADRO NRO. 7²⁴

ETAPAS DEL DISEÑO Y APLICACIÓN DE PROGRAMAS DE TRATAMIENTO DE DELINCUENTES

Paso	Descripción	Paso	Descripción
1	Se evalúan los factores de riesgo, carencias y necesidades de los delincuentes que guardan mayor relación con el origen y mantenimiento de su actividad delictiva.	4	Se elige un programa acorde con las necesidades de tratamiento identificadas en la evaluación inicial de los sujetos.
2	Según las necesidades de intervención identificadas, se especifican los objetos del programa de tratamiento.	5	Se aplica el programa de manera íntegra o completa, es decir, tal como se ha previsto hacerlo.
3	Se considera un modelo teórico plausible del comportamiento delictivo y de su tratamiento, tomando en cuenta las teorías más avaladas por la investigación científica.	6	Se evalúa la eficacia, efectuando diversas mediciones de variables psicológicas y de comportamiento desde el principio hasta el final de todo el proceso descrito

Fuente: Elaboración propia

4.6.4 Críticas hacia los modelos rehabilitadores

A pesar de los cambios por los cuales ha pasado este modelo, aún cuenta con diversas y, en muchos casos, fundadas críticas. Por ejemplo, en un trabajo sobre el castigo diferencial y respecto a cómo ver si es que un sujeto necesita o no de una medida rehabilitadora, Boeglin y Shapiro (2017) afirman que “no hay razón para pensar que la cantidad de daño que causa un delincuente a través de un curso de acción dado es un buen indicador de su necesidad de rehabilitación” y que, además “existe una escasez absoluta de evidencia tanto en la literatura legal como psicológica para respaldar este vínculo” (p. 1522). Por otro lado, Duus-Otterström (2007) asegura que “los programas de rehabilitación no son exitosos como a uno le gustaría [...] no tienen un impacto

²⁴ Ver: (Redondo 2017: 40-41)

negativo significativo en la reincidencia y, en algunos casos, incluso pueden aumentar” (p. 76). Él mismo comparte:

Su persuasión se basa en el hecho de que la rehabilitación es un objetivo factible de la política penal. En ausencia de programas de rehabilitación efectivos, se hace difícil motivar por qué el castigo no debe apuntar a maximizar la seguridad pública, o al menos a dar al delincuente incorregible su “desierto”. Los defensores de la rehabilitación pueden responder que no encontraremos un tratamiento efectivo a menos que estemos dispuestos a pasar por un largo período de prueba y error, y pueden agregar que independientemente de si la rehabilitación es efectiva o no, es nuestra obligación humanitaria luchar por ella. Pero la baja tasa de éxito de los programas de rehabilitación es sin duda un problema. Los críticos siempre tienen la opción de decir: “Seguro, la rehabilitación sería buena si supiéramos cómo hacerlo”. (p. 76-77)

Otra crítica al modelo rehabilitador es que suele caer en el *paternalismo*. En este contexto, el paternalismo jurídico “se orienta a evitar daños auto-infligidos a los individuos. Estos daños pueden ser consecuencia de la acción directa del sujeto dañado o consecuencia de la acción de un sujeto diferente, pero que actúa con el consentimiento o a requerimiento del sujeto dañado” (Alemany, 2005, p. 191). En otras palabras, “el paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón en favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño de la persona a quien se impone esta medida” (Garzón Valdés, 1987, p. 156). Al respecto Materni (2013) asegura que:

Según Michael Moore, la rehabilitación “es quizás la más compleja de las teorías del castigo, porque involucra dos ideales muy diferentes de rehabilitación.” Moore opera una distinción entre la rehabilitación que tiene como objetivo asegurarse de que el criminal ya no representa una amenaza para la sociedad, lo que hace que la comunidad “esté mejor como un “, y la rehabilitación que se centra en el criminal y tiene como objetivo permitirle regresar a la sociedad y vivir una vida” floreciente y exitosa. Este último tipo es, según Moore, de carácter paternalista y no tiene una parte adecuada” jugar en cualquier teoría del castigo. (p. 291)

El mismo autor, sin embargo, señala dos problemas estructurales respecto al concepto de rehabilitación. El primero radica en que esta no puede ser impuesta en contra de la voluntad del individuo, por lo menos en un sistema democrático-liberal; es decir, el criminal debe de tener el deseo de ser rehabilitado. El segundo problema

detectado por Materni (2013), es que el modelo rehabilitador no suele ser tomado en serio, refiriéndose a la tendencia de creer, como diría Martinson, que nada funciona, y que cualquier intento por conseguir lo contrario, es caer en ingenuidad (p. 292). La rehabilitación como modelo punitivo puede ser analizada desde distintas perspectivas y de estas depende lo positivo o negativo que se pueda decir al respecto; no obstante, es innegable que es uno de los modelos que ha pasado por más cambios.

Bajo esta lógica, Cid (2009) afirma que un modelo rehabilitador efectivo cuenta con distintos tipos de castigo: “unos de contenido meramente punitivo y sin intervención sobre la persona -como puede la suspensión de la pena o la multa- y otros de contenido rehabilitador, como puede ser la sanción de *probation*” (p. 41). Quisiera cerrar esta sección dejando en claro que la mayor crítica de los modelos rehabilitadores, y con justa razón, es lo borrosa que puede ser la línea entre medios y propósitos: por un lado, se tiene el efecto deseado y, por el otro, la esfera de derechos del individuo. En una coyuntura en donde se continúa cuestionando los límites del *ius puniendi*, modelos como el rehabilitador debe de buscar fundamentos y justificaciones para poder interferir en la vida del ciudadano, especialmente cuando se trata de su privación parcial o total de libertad. Es por ello que a la fecha las últimas tendencias tratan de obtener una visión lo más interdisciplinaria posible, a fin de no dejar de lado ninguna particularidad del individuo que pueda servir para el propósito de los programas de tratamiento en los que participe. Habiendo concluido esto, a continuación, pasaré a detallar el último modelo punitivo del capítulo: el restaurativo.

4.7 Modelos restaurativos

4.7.1 Definición de los modelos restaurativos

Siguiendo a Zernova (2007), es posible identificar las aspiraciones e ideales clave del movimiento de justicia restaurativa:

1. crear una nueva orientación ética;
2. desarrollar una alternativa al castigo y el tratamiento;
3. elaborar un modelo de justicia penal que ubique a las víctimas en su centro;
4. diseñar una forma de hacer justicia penal que apunte a reparar daños y
5. restaurar la paz y la armonía después de un delito penal;
6. construir un paradigma de justicia que se caracterizará por la voluntariedad;
7. Desarrollar un modelo de justicia penal que será desprofesionalizado.
8. basado en la comunidad y empoderamiento para los actores del crimen. (p. 35)

El modelo de justicia restaurativa incluye los programas de reconciliación y mediación de víctima-ofensor, conferencias, grupos de familias y *sentence circles* (Zernova, 1988, p. 8). Es así que la justicia restaurativa se constituye como el “movimiento innovador dentro del campo del crimen y justicia basado en la ética, en la convicción que todas las personas merecen ser tratadas con dignidad” (Furio, 2002, p. 7), el “paradigma alternativo de justicia, entendido como contrapuesto al modelo retributivo propio del sistema de justicia penal (...) que enfatiza la reparación del daño causado por el comportamiento delictivo a través de procesos cooperativos en los que toman parte las partes personas involucradas en el mismo” (Hurtado, 2011, p. 115). Hoy hablamos de una *moderna* justicia restaurativa, la cual ha sido claramente influenciada por las mismas corrientes ideológicas que consiguieron revolucionar al Derecho Penal.

4.7.2 Antecedentes del modelo restaurativo

Zernova (2007) afirma que, efectivamente, esta filosofía del castigo no es nueva y más bien, se encuentra vinculada con formas tradicionales de solución de conflicto anteriores a los modernos sistemas de justicia (p. 7). Aún no se puede llegar a un consenso acerca de cuándo exactamente aparece el término, ya que como bien menciona Braithwaite (2002), “la justicia restaurativa ha sido el modelo dominante de justicia penal en toda la mayor parte de la historia humana” y encuentra su inspiración en tradiciones de justicia de civilizaciones árabes, griegas, romanas y védicas, así como en el hinduismo, budismo, taoísmo, ente otros (p. 3). Desde la década de 1960 se han hecho intentos para comenzar a revertir el proceso histórico y revivir las antiguas tradiciones de resolución de conflictos. Una variedad de movimientos sociales y políticos han contribuido a este cambio, como el movimiento de justicia informal, el movimiento de restitución (Barnett 1977, 1980), el movimiento de víctimas (Dignan 2005, Williams 2005, Green 2007), abolición penal, pacificación criminología (Pepinsky y Quinney 1991), el movimiento de mujeres (Harris 1989, 1991, Daly y Stubbs 2007), el crecimiento del interés en las tradiciones de justicia indígena de los pueblos originarios (Griffiths y Hamilton 1996; Pratt 1996; Stuart 1996), entre otros:

La justicia restaurativa ha sido uno de los desarrollos más significativos en la justicia penal y la práctica y el pensamiento criminológicos en las últimas dos décadas. Según algunos comentaristas, la justicia restaurativa se ha convertido en el movimiento social para la reforma de la justicia penal de la década de 1990 y en el nuevo milenio (Braithwaite 1998: 324). La justicia restaurativa también se ofrece como una filosofía de

resolución de conflictos y un modelo de justicia. Además, este movimiento de reforma se ha establecido a nivel internacional, atestiguado por el crecimiento de los debates de justicia restaurativa en diferentes jurisdicciones nacionales y en tratados y protocolos internacionales. Como tal, ha generado un interés académico particular (Johnstone 2002). Sin embargo, en gran parte implica una práctica en busca de una teoría. (Crawford y Newburn, 2003, p.19)

Desde la década de 1960, ha habido un cambio radical. Se han hecho intentos para comenzar a revertir el proceso histórico y revivir las antiguas tradiciones de resolución de conflictos. Una variedad de movimientos sociales y políticos han contribuido a este cambio, como el movimiento de justicia informal, el movimiento de restitución (Barnett 1977, 1980), el movimiento de víctimas (Dignan 2005, Williams 2005, Green 2007), abolición penal, pacificación criminología (Pepinsky y Quinney 1991), el movimiento de mujeres (Harris 1989, 1991, Daly y Stubbs 2007), el crecimiento del interés en las tradiciones de justicia indígena de los pueblos originarios (Griffiths y Hamilton 1996; Pratt 1996; Stuart 1996). Estas diversas influencias contribuyeron directa o indirectamente al surgimiento de la idea y la práctica de la justicia restaurativa, sin embargo, definir la justicia restaurativa puede ser problemático no solo porque la misma cuenta con tantas variantes y modalidades, sino porque puede ser aplicada a distintas áreas del Derecho.

4.7.3 Estado y tendencia de los modelos restaurativos

Este nuevo modelo incluye los programas de reconciliación y mediación de víctima-ofensor, conferencias, grupos de familias y *sentence circles*. Siguiendo a Crawford y Newburn (2003), podemos entender a la justicia restaurativa como un “proceso mediante el cual las partes interesadas en un delito particular se unen para resolver colectivamente cómo lidiar con las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro” (Marshall 1996: 37) (p. 21-22). Estos dos autores identifican tres elementos centrales en la justicia restaurativa: 1) la inclusión de los interesados, 2) la importancia de los procesos participativos y deliberativos y 3) el énfasis en los resultados restaurativos. Es decir:

CUADRO NRO. 8²⁵

SOBRE LOS TRES ELEMENTOS CENTRALES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Elemento	Descripción
----------	-------------

²⁵ Crawford y Newburn (2003:22-23)

Inclusión de los interesados	Busca reconocer que el crimen es más que un delito contra el Estado. Se incluye a la víctima y al delincuente, a las familias y partidarios de cada uno de los miembros de sus respectivas comunidades que pueden verse afectados o pueden contribuir a la prevención de futuros delitos.
Importancia de los procesos participativos	Enfatiza el valor de la participación, el empoderamiento, la comunicación, el diálogo y los acuerdos discutidos. Por lo general, serán ambientes informales en los que las partes se sentirán cómodas y capaces de hablar por sí mismas. Se trata de la creación de consenso a través de un enfoque de resolución de problemas del crimen, basado en el conocimiento local y la capacidad local.
Énfasis en los resultados restaurativos	Una consecuencia prevista del control y la participación centrada en el partido es restaurar la responsabilidad de los participantes, en la creencia de que esto alentará a los delincuentes a ser más responsables de sus acciones y alentará a otros a asumir la responsabilidad de garantizar la implementación exitosa de cualquier acuerdo alcanzado.

Fuente: Elaboración propia

Braithwaite, de igual manera, desarrolla principios de la justicia restaurativa como modelo punitivo: 1) No dominación, 2) Empoderamiento, 3) Honrar los límites superiores de sanciones legalmente específicos, 4) Escucha respetuosa, 5) Igual preocupación para todos los interesados, 6) Responsabilidad, apelabilidad y 7) Respeto de los derechos humanos fundamentales especificados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Segundo Protocolo Facultativo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia Contra la mujer y la Declaración de principios básicos de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder (Crawford y Neburn, 2003, p. 8-9). Un autor de vital importancia para este tema Howard Zehr, quien en el texto “El pequeño libro de la Justicia Restaurativa” se encarga no solo de sintetizar y definir a los sujetos y los motivos de la misma, sino de explicar aquello que *no* es justicia restaurativa:

CUADRO NRO. 9²⁶

MALENTENDIDOS ACERCA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Observación	Contenido
No se trata principalmente del perdón o la reconciliación.	Algunas víctimas y defensores de víctimas reaccionan negativamente a la justicia restaurativa porque tienen la impresión de que el objetivo de tales programas es alentarlos o incluso obligarlos a perdonar o reconciliarse con los delincuentes. Esta es una elección que depende completamente de los participantes
No es mediación	En un conflicto o disputa mediada, se supone que las partes están en un campo de juego moral nivelado, a menudo con

²⁶ Zehr (2011: 4-8)

	<p>responsabilidades que pueden ser compartidas por todas las partes. Si bien este sentido de “culpa compartida” puede ser cierto en algunos casos penales, en muchos casos no lo es. Una víctima de una violación o incluso un robo no quiere ser conocida como “disputante”. De hecho, pueden estar luchando para superar una tendencia a culparse a sí mismos.</p>
<p>No está diseñada principalmente para reducir reincidencia</p>	<p>la investigación hasta ahora centrada principalmente en delincuentes juveniles es bastante alentadora en este tema. Sin embargo, la reducción de la reincidencia no es la razón para operar los programas de justicia restaurativa. La reincidencia reducida es un subproducto esperado, pero la justicia restaurativa se realiza en primer lugar porque es lo correcto: las necesidades de las víctimas deben abordarse, los delincuentes deben ser alentados a asumir la responsabilidad, los afectados por un delito deben participar en el proceso, independientemente de si los delincuentes “lo entienden” y reducen su infracción</p>
<p>No es un programa particular o un plan</p>	<p>Varios programas incorporan la justicia restaurativa en parte o en su totalidad. Sin embargo, no existe un modelo “puro” que pueda considerarse ideal o simplemente implementado en cualquier comunidad.</p>
<p>No está destinada principalmente a delitos “menores” o delincuentes por primera vez.</p>	<p>Puede ser más fácil obtener el apoyo de la comunidad para los programas que abordan tales casos. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que los enfoques restaurativos pueden tener el mayor impacto en los casos más graves.</p>
<p>No es un desarrollo nuevo o norteamericano.</p>	<p>El campo moderno de la justicia restaurativa se desarrolló a partir de experimentos de casos en varias comunidades menonitas en la década de 1970. Tratando de aplicar su fe y su perspectiva de paz al “mundo real” de la justicia penal, menonitas y otros practicantes en Ontario, Canadá y más tarde en Indiana, EE. UU.</p>
<p>No es una panacea ni necesariamente un reemplazo del sistema legal</p>	<p>La justicia restaurativa no es de ninguna manera la respuesta para todas las situaciones. Tampoco está claro si debiera reemplazar al sistema legal, aun en un mundo ideal. Muchos creen que, aunque se le lograra implementar de manera generalizada, la justicia restaurativa aún necesitaría del respaldo de alguna variante del sistema legal occidental (idealmente, una que sea restauradora) que sirva como garante de los derechos humanos básicos. De hecho, éste es el rol que desempeñan las cortes juveniles en el sistema de justicia juvenil de Nueva Zelandia.</p>

Fuente: Elaboración propia²⁷

²⁷ Información obtenida directamente de Howard Zehr. "El pequeño libro de la Justicia Restaurativa"

De manera similar, Daly (2002) desarrolla cuatro grandes mitos acerca de la justicia restaurativa: 1) es opuesta a la justicia retributiva, 2) utiliza prácticas de justicia indígena, 3) es una respuesta de 'cuidado' (femenina) al crimen en comparación con a una respuesta de 'justicia' (masculina) y 4) se puede esperar que produzca cambios importantes en las personas (p. 4). Empero, es esperable que un modelo como este, que contradice tanto las nociones tradicionales, tenga una serie de críticas. En los últimos años diversas legislaciones han optado por la justicia restaurativa en un cambio de paradigma respecto al castigo y en la búsqueda por medidas menos agresivas y más concordantes con los Derechos humanos y la reducción del estigma causado por el sistema de justicia penal.

4.7.4 Críticas hacia los modelos restaurativos

A pesar de sus esperanzadoras premisas, la justicia restaurativa como modelo punitivo no está libre de observaciones que, a mi parecer, son lo suficientemente contundentes como para cuestionar la viabilidad de este sistema. Quisiera comenzar señalando lo que Acorn (2004) llamó los tres precarios pilares del optimismo restaurativo, los cuales pueden resumirse de la siguiente forma: 1) La estrecha asociación entre justicia, equidad y respeto, 2) La esperanza en que el proceso de justicia restaurativa consiga que el infractor se vincule con su comunidad y su víctima mediante el respeto y 3) La confianza en que la justicia restaurativa curará la angustia de la víctima (p. 46). Esta autora describe su propio proceso de encanto, escepticismo y, finalmente, crítica de los modelos de justicia restaurativa, lo cual parece ser algo compartido por la mayor parte de autores que han decidido señalar algunos de sus déficits en vez de unirse al bombo publicitario del mismo. En ese sentido, Acorn hace referencia al concepto de *whishful thinking* utilizado por Jonathan Allen²⁸ en 1999 para describir cómo es posible confundir la aspiración y la predicción en los procesos de democratización (o, para fines de la presente idea, restauración) y las comisiones de reconciliación en la década de los setentas y ochentas.

Optimismo, esperanza y aspiración son todos términos bastante comunes a lo largo de las críticas de la justicia restaurativa y esto tiene sentido cuando tomamos en cuenta

²⁸ "Si es problemático confundir aspiración con predicción, justificar las comisiones de la verdad por medio de lo que equivale a una ilusión (o al menos, un deseo poco reflexivo), ¿cómo pueden justificarse frente al tipo de críticas señaladas anteriormente? Algunas de las afirmaciones relativas a las tareas de las comisiones de la verdad se entienden mejor como afirmaciones morales que como afirmaciones empíricas." Ver: (Allen:1999)

que representa una alternativa a los modelos punitivos tradicionales que se basan en el castigo entendido como aflicción. A pesar de las enmiendas realizadas por Howard Zehr en el año 2002 respecto a lo que es y no es la justicia restaurativa, y que he mencionado anteriormente, los trabajos tanto puramente teóricos como empíricos posteriores a la publicación de *“El Pequeño Libro De La Justicia Restaurativa”* muestran bastante renuencia a sus aclaraciones. Von Hirsch, Ashworth y Shearing (2003), en un excelente ejercicio de clarificar el contenido y los límites de este concepto, identifican cuatro críticas, a saber 1) Objetivos múltiples y difusos, 2) Medios y modalidades no especificadas, 3) Criterios escasos o no disponibles y 4) Estándares de evaluación irregulares (p. 22-23). Estos autores explican que una respuesta bastante común a estas críticas es el carácter inmaduro de la justicia restaurativa, aunque esto es incorrecto.

Esto resulta compatible con muchas observaciones respecto a las falencias de la justicia restaurativa, como es el caso de Hanan (2016), quien considera que las nuevas tendencias de considerar a este modelo como el futuro en resolución de conflictos, ocasiona dos efectos perniciosos tanto para las partes involucradas como para el sistema en sí: la devaluación del debido proceso y la devaluación del profesionalismo (p. 151-154). Respecto a la primera, esta autora resalta la falta de estudios serio respecto a la justicia restaurativa desde una visión constitucional, así como el hecho que muchos de los programas bajo este modelo, irónicamente, dejan de lado o flexibilizan algunos principios del debido proceso. En sus palabras:

Los casos penales se remiten a programas de justicia restaurativa en una variedad de puntos diferentes del sistema de justicia penal. Las preocupaciones sobre el debido proceso que puedan estar implicadas están vinculadas al punto de referencia. Si la remisión se produce antes de la sentencia, el acusado renuncia a su derecho a no autoinculparse, así como a su derecho a un juicio con jurado, al enfrentamiento y al contrainterrogatorio de testigos, a apelar en caso de veredicto de culpabilidad, y ser representado por un abogado. Si la participación en el programa de justicia restaurativa es voluntaria, se considerará que los acusados renuncian a los derechos del debido proceso a cambio de resolver sus casos a través de un proceso más favorable. Pero no parece haber un procedimiento establecido para garantizar que la renuncia sea “consciente y voluntaria”, como la renuncia que acompaña a una declaración de culpabilidad en el contexto de la negociación de culpabilidad. (2016, p. 152)

La devaluación del profesionalismo es una observación que va por un camino similar. La justicia restaurativa busca, de alguna manera, reducir la estricta división que existe entre aquellos que conocen de Derecho (representantes del sistema judicial) y los

ciudadanos y que es difundida por los modelos punitivos tradicionales. Dzur (2010), quien desarrolla la noción del *profesionalismo democrático*, indica que este es una característica presente en los sistemas de justicia restaurativa en cuanto esta busca reemplazar los procedimientos formales unilaterales de tratamiento y castigo, transformándolos en una serie de procesos comunicativos y multifacéticos que se encuentran fuera de las instituciones de justicia penal estándar, libres del dominio de los procedimientos y profesionales, donde las víctimas pueden comunicarse con los delincuentes, estos pueden reconocer las irregularidades y aceptar la responsabilidad, y los miembros de la comunidad pueden ayudar a reintegrar a los infractores (p. 180). Aunque con una descripción bastante seductora, Hanan (2016) indica que esto resulta más bien, peligroso para la institución del proceso penal y para la efectividad y legitimidad de los procesos. “No se puede esperar que los profesionales de la justicia restaurativa comprendan los peligros del proceso para el acusado, sino que tomen decisiones basadas en los objetivos terapéuticos de la justicia restaurativa, el potencial de “curación” del encuentro (...) los profesionales de la justicia restaurativa pueden cegarse a sí mismos” (p. 154). Ahora bien, existe otra observación al respecto de este modelo punitivo que también llama poderosamente la atención, y esto es el papel de la víctima.

Como hemos visto hasta ahora, la justicia restaurativa se presenta como un sistema en donde, a diferencia de los modelos de justicia tradicionales, los agentes directamente involucrados en la comisión tienen un lugar protagónico; es decir, el agresor y las víctimas. Irónicamente, diversos autores se preguntan si es que estas últimas no son, más bien, instrumentalizadas durante los procesos de justicia restaurativa. Algunas de estas observaciones parten de una apreciación meramente teórica, pero otras vienen con una importante carga empírica que está contextualizada en proyectos y programas restaurativos de países del primer mundo. Gaudreault (2005), por ejemplo, resalta que si bien existe evidencia que las víctimas consiguen beneficiarse de la justicia restaurativa, también podemos encontrar lo contrario. Sin importar que el método sean las conferencias, la mediación u otro método, muchas veces la víctima es “usada como un pretexto para perseguir la iniciativa educativa del ofensor” (p.4). Esto viene acompañado de otras observaciones, como la poca preparación psicológica que reciben las víctimas antes de participar en los procesos restaurativos y el entendimiento que tienen otros involucrados respecto a la victimología, el estrés post-traumático y la pérdida.

Una revisión de los resultados de “The Listening Project”, ejecutado entre los años 1999 y 2002 y que tuvo como propósito el confrontar las deficiencias existentes en los

programas de justicia restaurativa hasta ese momento, arroja resultados similares. Mika, Achilles (2004) y otros investigadores, encontraron que la experiencia de algunas de las víctimas participantes fue negativa, en el sentido que sus necesidades no fueron cubiertas de la misma manera que las de los infractores y que incluso, el proceso restaurativo no presentó muchos cambios respecto al status quo de la víctima en el sistema de justicia tradicional. En ese sentido:

La justicia restaurativa también puede promover metas poco realistas o irrazonables. Cuando la justicia restaurativa parece ir de la mano con expectativas de penas reducidas para los delincuentes, las víctimas pueden percibir la justicia restaurativa como una salida para los delincuentes cuya motivación principal podría ser evitar la responsabilidad o el dolor. A menudo, la expectativa de los programas de justicia restaurativa es que los delincuentes ofrezcan disculpas genuinas por lo que han hecho. Pero cuando los delincuentes no se arrepienten de lo que han hecho, las víctimas pueden volver a sentirse perjudicadas por esta falta de justicia. De manera similar, la justicia restaurativa parece implicar que las víctimas están, en cierto sentido, obligadas a ayudar a los infractores. Esto distorsiona la esperanza de las víctimas de ayudarse a sí mismas mediante procesos de justicia restaurativa. La participación de la víctima con el propósito de la rehabilitación del delincuente puede ser al menos una carga irrazonable, si no totalmente objetable. Las ideas de que la justicia restaurativa es una panacea son nada modestas y sin mérito. La justicia restaurativa está relativamente poco testeada ¿dónde está la prueba convincente de que funciona? (p. 33).

El mencionado trabajo presenta duras críticas que parecen abandonar la evaluación del proyecto mencionado y, más bien, se transforman en detracciones orientadas hacia el modelo de justicia restaurativa en general. Desde la perspectiva de la víctima, sus experiencias se califican como injustas, irrespetuosas, faltas de empatía e irrelevantes (Mika et al., 2004, p. 35). No ha sido sencillo encontrar trabajos, tanto teóricos como empíricos y de reciente data, que evalúen rigurosamente a la justicia restaurativa. Esto podría deberse, en primer lugar, a lo que Acorn (2004) identificó como una seductora retórica en donde se alimenta esta fantasía de reemplazar al sistema de justicia con métodos de resolución de conflictos más tradicionales, flexibles y menos distantes a la población (p. 151). No podemos negar que hay cierto encanto discursivo en criticar la ya bastante afligida situación de instituciones como el proceso penal, especialmente en países en donde se les ha escudriñado bajo ópticas mucho más inclusivas y respetuosas de los derechos humanos.

En segundo lugar, considero que una de las principales dificultades de la justicia restaurativa está en evaluar sus resultados. Hablar de este modelo es colocar sobre la mesa conceptos que son, en sí mismos, bastante difíciles de definir sin tomar en cuenta un contexto determinado. ¿Qué significan términos como la reconciliación y la

aceptación de responsabilidad? Diversos de los trabajos que he mencionado hasta el momento tienen muchas críticas en común, dentro de las cuales se encuentran, además del indefinido papel de la víctima, la gran dificultad que representa evaluar la efectividad de los modelos restaurativos; Acorn (2004) cita diversos trabajos en donde la satisfacción de la víctima tras un proceso de justicia restaurativa resultó baja (p.70), Graudeault (2005) menciona algunos estudios canadienses donde las víctimas incluso se rehusaron a participar (p. 9) y Hanan (2016) hace referencia a investigaciones sobre la reincidencia tras los modelos restaurativos y sus resultados ambivalentes (p. 155). Es evidente que se trata de un terreno relativamente inexplorado, por lo menos desde una perspectiva estrictamente empírica.

En el caso del Perú, los primeros proyectos de justicia juvenil restaurativa comenzaron alrededor del año 2005 y la tendencia a especializar y nutrir al derecho penal del adolescente de nuevas y diversas tendencias no ha parado hasta conseguir logros como la inclusión del enfoque restaurativo en el Código Penal Juvenil promulgado en el enero del 2017. No obstante, los trabajos de largo plazo que evalúen los resultados de los mismos son escasos, por no decir casi inexistentes, estando la mayoría basados en un mero análisis numérico de los casos de reincidencia; como hemos visto hasta ahora, este es solo uno de los tantos criterios que se pueden utilizar para estudiar la eficacia de un modelo punitivo, sobre todo cuando se trata del restaurativo. El proceso de implementación de sistemas de este corte en el ordenamiento jurídico, así como las características del derecho penal juvenil en el Perú, son temas que se verán en el siguiente capítulo. Antes de ello, pasaré a dar algunas conclusiones preliminares de este primer capítulo.

5. Conclusiones preliminares

El primer capítulo de la presente investigación ha tenido como propósito dar una noción general de la idea del castigo y de los modelos punitivos que subyacen al mismo. Ha sido mi intención que el castigo pueda entenderse ya no como una mera construcción jurídica, sino como algo que surge a partir de una transgresión del orden social que ha sido y continúa siendo estudiada desde distintas disciplinas. Este punto de vista abre una innumerable cantidad de información y es probable que este sea el motivo de por qué la discusión sobre las teorías de la pena y, por consiguiente, los modelos punitivos, se dé por sentado. No obstante, el desarrollo de la información y los aportes de otras ciencias hacen que sea imposible el no cuestionar al castigo, por lo que nos

enfrentamos, como menciona Bennet (2008), a una crisis del significado del castigo (p.13). Tomar una posición plural, histórica e interdisciplinaria del castigo es la única forma de superar este problema, ya que nos obliga a desmenuzar a las teorías de la pena y los modelos que subyacen a la misma.

Mi siguiente conclusión viene respecto a la definición tradicional del castigo. Como mencioné, esta se da en la dicotomía de teorías proporcionalistas (absolutas o retribucionistas) y las consecuencialistas (relativas o utilitaristas). La principal diferencia es que las primeras tienen al castigo como una respuesta a una transgresión pasada y se basan en la idea del merecimiento de la pena, mientras que las segundas se orientan hacia el futuro, utilizando al castigo como un mecanismo de reducir el delito. No obstante, decido desmenuzar a las teorías proporcionalistas en los modelos retributivos y neo-retributivos, mientras que las consecuencialistas se dividen en los modelos preventivos generales y especiales, que a su vez se dividen en positivos y negativos. La general positiva busca el mantenimiento y protección de la norma penal como mecanismo para prevenir el delito, lo cual nos reconduce a las teorías proporcionalistas, mientras que la teoría general negativa busca la prevención mediante la intimidación de la sociedad. Por otro lado, en el caso de la prevención especial, la positiva busca impedir la reincidencia del infractor mediante la corrección de su carácter, lo cual nos lleva a los modelos rehabilitadores, mientras la negativa busca lo mismo, pero mediante la coerción física, lo cual hace referencia a los modelos incapacitadores. Considero que una de las características más importantes de este capítulo ha sido no solo el desarrollo de cada uno de estos modelos sino también sus respectivas críticas.

En el caso de las teorías proporcionalistas y los modelos que provienen de las mismas, la principal crítica se encuentra en que hay un cierto nivel de subjetividad cuando hablamos de la retribución, a tal punto que esta corriente es asociada con la *vendetta*, las emociones viscerales de venganza y nociones más arcaicas del castigo. Otra crítica es aquella que cuestiona el supuesto honor y respeto por el ser humano que subyacen a las teorías proporcionalistas, indicando que, muy por el contrario, el castigo es algo inherente negativo y que trae una serie de perjuicios al individuo que, sin un fin o utilidad, parecen carecer de sentido. Sin embargo, hasta la fecha, las corrientes neo-retributivas han procurado dar una debida justificación sirviéndose de distintas ramas como la psicología y la neurociencia.

Las teorías utilitaristas tampoco y sus respectivos modelos tampoco estuvieron exentos de crítica. Una de las principales está en la subjetividad que rodea el concepto

del 'bien mayor'. Si desde una perspectiva utilitarista se pretende traer un equilibrio entre la infelicidad causada por el castigo y la felicidad causada por su fin, es esperable que nos cuestionemos qué criterios se utilizan para tomar la decisión final. Debido a esto último, los detractores del utilitarismo como teoría ética sostienen que este tipo de teoría del castigo resultaría incompatible con la búsqueda de la justicia en cuanto este, a diferencia de la corriente proporcionalista, deja de lado la equitatividad y las particularidades del individuo, para concentrarse en el propósito. Por supuesto, al igual que lo que ocurrió con las teorías proporcionalistas, el utilitarismo también se valió de otras ramas y disciplinas con el fin de darle validez a sus propias proposiciones. Una conclusión preliminar es que la justificación del castigo, sea visto desde una corriente o la otra, no puede alimentarse únicamente de su propia retórica, ya que su objeto central, el castigo, es diverso, complejo y requiere de una visión interdisciplinaria para poder analizarse de manera eficiente.

En este trabajo hemos desarrollado varios modelos que parten de la corriente utilitarista: el modelo incapacitador, el modelo rehabilitador y el modelo restaurativo. Siguiendo con la estructura anterior, también se exploraron sus principales características y críticas. En el caso de la incapacitación, la mayor parte de los reproches tienen una connotación ética, pero también práctica. Por un lado, se cuestiona si es que una visión únicamente incapacitadora realmente es compatible con el utilitarismo: ¿se está reduciendo realmente el crimen, o solamente se está trasladando a otros espacios en una suerte de redistribución del mismo? Es más, durante esta investigación también he mencionado que el modelo incapacitador se basa mucho en las predicciones sobre la peligrosidad de los sujetos que serán privados de libertad, cosa que no ha tenido tan buenos resultados. Como se vio anteriormente, las críticas hacia la incapacitación son compatibles con los principales fundamentos de movimientos como la criminología crítica, y el movimiento abolicionista del Derecho penal, en donde se cuestiona la existencia del sistema penitenciario y de la privación de libertad como el método tradicional del castigo, indicando que causa más daños que beneficios y no soluciona el problema del delito, sino que simplemente lo traslada y, en ocasiones, lo agrava.

En el caso de los modelos rehabilitadores, ocurre algo similar. Es bastante intuitivo asumir que la rehabilitación, a secas, traerá beneficios y resultados positivos tanto al individuo como a la sociedad. Sin embargo, he mencionado a distintos autores que sostienen que muchas veces la rehabilitación carece del éxito del que presume y en ocasiones, puede aumentar la reincidencia. Por otro lado, está un conflicto que me gusta identificar como las potenciales prácticas paternalistas y perfeccionistas que

pueden llevarse a cabo a través de la rehabilitación. De hecho, más adelante veremos cómo esto ocurre en el caso de las medidas tomadas hacia las adolescentes infractoras. Existen distintos ideales, medios y objetivos detrás de la rehabilitación y muchas veces, bajo la noción de una supuesta mejoría en el individuo, se pueden imponer modelos de moralidad y comportamiento que, más que ayudar al sujeto, se mueven de acuerdo a los intereses sociales del momento, los cuales no siempre son compatibles con las libertades del individuo. Un claro ejemplo ocurrió en las primeras instituciones para niños y adolescentes infractores, en donde mediante religión y disciplina, se procuraba formar sus personalidades de acuerdo al modelo social y económico en el cual se encontraban. Considero que los modelos rehabilitadores son aquellos en donde más se aprecia la borrosa división entre el propósito y los medios: en un contexto en donde se están valorando cada vez más las esferas de derechos individuales y las libertades de los ciudadanos, es difícil poder sostener una visión rehabilitadora del castigo a menos que esta se base en criterios bien delimitados, experiencias previas y evidencia empírica.

Finalmente, se vio el tema de los modelos restaurativos. Esta parte ha sido particularmente interesante debido a que la restauración como fin del castigo ha captado mucha atención en los últimos años, sobre todo en nuestro país y en Latinoamérica en general, por lo que no hay muchos trabajos en nuestro idioma que exploren una visión crítica de la misma. He mencionado, por ejemplo, el llamado *optimismo restaurativo* y el *wishful thinking*, conceptos que demuestran cómo muchas veces las aspiraciones y esperanzas detrás de la restauración pueden interferir con su puesta en práctica. Objetivos múltiples y difusos, medios no detallados, criterios no disponibles y estándares evaluativos irregulares son solo algunas de las observaciones mencionadas en este capítulo. En un intento por marcar una diferencia respecto al sistema tradicional de justicia, los modelos restaurativos pueden también traer efectos no deseados como la flexibilización del debido proceso, la devaluación del profesionalismo y la insatisfacción de la víctima. Hay, pues, críticas tanto desde los mismos postulados teóricos de los modelos retributivos como desde su puesta en práctica, sobre todo en la experiencia norteamericana.

Una vez realizado el análisis de cada uno de estos, se podrá evidenciar que, en la práctica, no existe tal cosa como una división polarizada de justificaciones del castigo: muy por el contrario, los modelos se nutren y complementan entre sí, renovándose constantemente. Esto puede observarse especialmente en la evolución que hacen las justificaciones retributivas del castigo. Pasamos de una visión simplista que la asocia únicamente a la venganza privada y luego pública, a construcciones de alto y complejo

contenido, como es el entender la pena como comunicación del reproche del delincuente o el sostener una teoría democrática de la retribución. Lo mismo puede decirse de los modelos incapacitadores, rehabilitadores y restaurativos, los cuales transitan de lo simple y hasta brutal, hacia programas que tomen en cuenta al individuo y su esfera de derechos. Las secciones de estado actual y tendencias de los modelos punitivos son trascendentales para llegar a esta conclusión. Finalmente, otro punto importante al cual he querido llegar en este capítulo es que es posible cuestionar, desde la propia filosofía del castigo, a los distintos modelos punitivos. He desarrollado en acápites anteriores que existen una serie de mitos alrededor de algunos, como es el caso de las posturas neo-retributivas y las restaurativas, muchas veces alimentadas de intuición. Independientemente de su grado de aceptación a nivel práctico o académico, cada modelo punitivo presentado en este primer capítulo tiene argumentos a favor, como también duras críticas.

Para finalizar, quiero agregar que en capítulos posteriores voy a utilizar ciertos criterios para analizar la predominancia de un modelo sobre otro. En principio hay dos planos: el primero orientado hacia las condiciones físicas de la institución y el segundo, en la condición de vida de los sujetos privados de libertad. Respecto a este último, se evalúan la salud, la educación y las formas de disciplina. Considero que estos criterios son los más adecuados para determinar la presencia de un modelo punitivo pues es en estos tres rubros en donde más se manifiestan las posibles afectaciones de los fines de la pena. Las dimensiones de un individuo, independientemente de su edad y de sus factores particulares, necesariamente incluyen medidas que afecten su desarrollo personal, término que engloba la salud tanto física como mental y las manifestaciones de su personalidad.

En el Derecho internacional existe un marco normativo y doctrinal acerca del *deber ser* de las políticas que giran alrededor de los niños y adolescentes, y como veremos más adelante, hay algunos modelos que han sido más preferidos que otros a lo largo de su historia, desde la preferencia inicial por la incapacitación y rehabilitación hasta la innovadora llegada de los sistemas de justicia restaurativa que buscan separar a estos sujetos de Derecho del sistema de justicia. Este será el tema central del capítulo siguiente, para lo cual partiré de un punto de vista plural, crítico e histórico y me acercaré a los estándares que proponen las reglas internacionales acerca del tratamiento que deben recibir los niños y adolescentes.

CAPÍTULO II: El “deber ser” de los modelos punitivos aplicables a los niños, niñas y adolescentes según los estándares del Derecho internacional y Derecho Nacional

1. Cuestiones previas: La aparición del niño y adolescente infractor

Quiero agregar que durante esta investigación se evitará el uso del término “menor de edad”, reemplazándolo con el de “niños, niñas y adolescentes”. Desde hace muchos años se viene discutiendo si es que el uso de “menor de edad” resulta inadecuado en un contexto de diálogo democrático y si bien hay autores que indican que no hay una noción peyorativa tras esta palabra, hay otros que, muy por el contrario, creen que el uso de “menor de edad” hace referencia a algo incompleto y carente (Sánchez-Valverde, 2016, p.61). Soy de la opinión que no se trata de un mero capricho o una discusión insignificante: efectivamente, hoy por hoy, entendemos que el lenguaje es un elemento transcendental en la democracia y las discusiones que derivan de la misma. Como menciona González (2011), "el lenguaje no es neutral, sino que refleja y al mismo tiempo construye realidades. Esto es especialmente notorio en el ámbito jurídico. La forma en que designamos un determinado fenómeno manifiesta la manera en que lo concebimos" (p.35) Además, y esto resulta relevante para la presente investigación, el uso de “niños, niñas y adolescentes” hace dos importantes diferencias: la primera es respecto a la edad. Como mencionaré más adelante, muchas veces los textos tanto nacionales como internacionales hacen énfasis en la niñez, pero no se habla mucho de los y las adolescentes, aun cuando las diferencias entre ambos grupos etarios son vastas. La segunda, hace referencia al género. Posteriormente haré énfasis en cómo hacer este tipo de diferencia es importante debido a que existen muchas necesidades y derechos específicos de las niñas y adolescentes y a los que los sistemas privativos de libertad deben de prestar especial atención.

Ahora bien ¿cómo es que todos los conceptos descritos en el capítulo anterior consiguieron adecuarse a la particularidad que representa la niñez y adolescencia? Es vital tomar en cuenta que elementos como el castigo, la retribución y la rehabilitación, entre otros, toman un matiz completamente distinto cuando hablamos de niños, niñas y adolescentes y, por ello, resulta necesario redactar este nuevo capítulo. Es fascinante

tomar consciencia que los conceptos de niñez y adolescencia y entender que no son elementos gratuitos en ninguna disciplina, mucho menos en el Derecho. Lo que entendemos hoy día como el “derecho de menores” es, en realidad el resultado de diversos debates, innovaciones y constantes reformas respecto al significado de la edad de los seres humanos. Si bien hablar de niños, niñas y adolescentes en el Derecho implica diversas ramas del mismo, para fines del presente trabajo me voy a concentrar en el Derecho penal.

Voy a explorar el significado de este grupo etario en la doctrina y el derecho internacional, iniciando por la definición del niño y adolescente infractor. Respecto a la primera parte, se hará énfasis en las dos doctrinas tradicionalmente empleadas para entender el tratamiento del mismo: la doctrina de la situación irregular y la doctrina de la protección integral. Posteriormente, mencionaré las últimas tendencias respecto al tratamiento de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, mencionando cuáles son los modelos punitivos más utilizados y aquellos que, por el contrario, se evitan en la medida de lo posible. Finalmente, se desarrollará el tratamiento de niños y adolescentes en el Derecho internacional, haciendo énfasis en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y otros instrumentos, el interés superior del niño y adolescente y su papel en el sistema de justicia.

En lo que respecta a un tratamiento diferenciado entre adultos y menores a la hora de cometer delitos, podemos encontrar un interesante antecedente en el derecho canónico. Inspirados en la categorización establecida por los romanos y por el carácter paternalista de esta rama del Derecho, la iglesia instituye un tratamiento penal diferenciado entre adultos y menores, como por ejemplo aplicar penas atenuadas a los impúberes, así como crear instituciones correccionales para estos casos (Blanco 2006, p. 87). En efecto, siguiendo a Burfeind y Jeglum, (2006) hasta la Edad Media no existía una diferenciación en cuanto al castigo de los menores que cometían delitos y el castigo era tan intenso y severo como en el caso de los adultos; sin embargo, alrededor del siglo XVI, se comenzaron a reconocer las necesidades especiales de los niños y adolescentes (p. 55). Esto se puede evidenciar en los diversos manuales que buscaban instruir a los padres en cómo educar a sus hijos bajo los nuevos estándares morales de la sociedad. Un claro ejemplo es Locke con su tratado “Pensamientos sobre la educación” de 1693 y Jean-Jacques Rousseau quien se manifestó sobre la transición entre la niñez y la adolescencia y las tensiones morales y sexuales que se desarrollaba en la misma (Burfeind y Jeglum, 2006, p. 55). Ahora bien, la situación mejoró considerablemente a mitades del siglo XVIII.

En el año 1847 se da un paso hacia la dirección correcta con la creación del “Juvenile Offender’s Act”, la primera legislación inglesa que distingue entre adultos y niños para efectos judiciales. Así, se permitió que los niños menores de 14 años fueran juzgados sumariamente por algunos delitos menores. Tiempo después, en el año 1895, el Quinto Congreso Internacional de Prisiones realiza una innovadora propuesta al indicar que “los niños menores de doce años siempre fueran enviados a instituciones de preservación y que los padres indignos sean privados del derecho de criar hijos” (Platt, 2006, p. 74). Mientras tanto, en Estados Unidos, aparecía lo que Anthony Platt llama el *movimiento redentor* o de los *salvadores del niño*, el cual, junto con la propuesta de una nueva educación enfocada en reducir el autoritarismo del sistema tradicional, tenía como objetivo revitalizar a la sociedad a través de los niños (2006, p. 78). En efecto, se trataba de una visión progresiva e inspirada en una serie de ideologías y corrientes que cuestionaban conceptos como la clase, la familia, el castigo, entre otros.

Eric Jensen (2006) sigue la misma línea cuando menciona ciertos eventos importantes que llevaron a la creación de los tribunales especializados de niños y adolescentes. Entre estos se encuentra el desarrollo de la sociología como disciplina independiente, el paso de una nueva economía basada en la industrialización y la construcción social de la niñez y de la adolescencia como etapas del desarrollo (p. 83-84). La consecuencia de este movimiento y su popularidad entre las clases media y media-alta, fueron una serie de políticas nuevas. En concreto, tres: 1) nuevas leyes sobre el trabajo infantil, 2) asistencia obligatoria y compulsoria a la escuela y 3) la creación de cortes para niños y adolescentes (2006, p.84). Al respecto, me interesa más esta última. Estos tribunales estaban inspirados en la antigua doctrina del *parens patriae*, proveniente de Inglaterra: el propósito principal de esta era otorgar la custodia y el control de estos niños y sus propiedades al gobierno, y posteriormente se incluyó su el bienestar general como un interés primordial de la corona (Burfeind y Jeglum 2006, p.56). De esta manera, se crea la primera *juvenile court* en 1899, Chicago.

Ocurre un cambio radical en la visión del castigo para los niños y adolescentes. Recordando un poco los conceptos del capítulo anterior, es notoria la transición de la punición desde las teorías Proporcionalistas (Absolutas, Retribucionistas) hacia las Consecuencialistas (Relativas, Utilitaristas)²⁹. Blanco Escandón (2006) y Valencia Corominas (2015) se refieren a esta etapa como el modelo tutelar o de protección. Este

²⁹ Ver Cuadro N°01

tuvo como finalidad la “resocialización de los menores [aplicando] el castigo para reformar una conducta que violentaba el orden social, pero sin reconocerles un sistema de garantías. Los menores no eran percibidos como sujetos de derechos, sino como objetos de tutela(...)” (Valencia, 2015, p.31). Es importante añadir que hasta este momento los niños y adolescentes se encontraban fuera del ámbito penal, por lo que sobre ellos se ejercían mecanismos de control y protección.

Con una visión compatible con las teorías utilitaristas del castigo, esta nueva corriente en la que se fundan los reformatorios y los tribunales para niños y adolescentes, colocaba a este grupo en un instrumento para cambiar a la sociedad, mas no en un fin en sí mismo. En una frase muy acertada de Whitehead y Lab (2018), los menores de edad se transforman en el catalizador del cambio social (p. 40). Este movimiento de reforma inspiró lo que hoy conocemos como la doctrina de la situación irregular.

¿Por qué es importante hablar de esta doctrina y, en consecuencia, de la doctrina de la protección integral, originada a partir de sus críticas? Si bien ambas doctrinas no son exclusivas del Derecho penal juvenil, sino, muy por el contrario, también son utilizadas en el Derecho de familia y otras ramas, también han sido y continúan siendo un conjunto de conocimientos obtenidos a través del estudio del Derecho que proponen una visión bastante única del niño y adolescente como sujeto (o no), así como el papel que ocupa en el sistema de justicia. Esto es de vital importancia para la actual discusión, pues ambas doctrinas tienen un cierto nivel de compatibilidad con algunos modelos punitivos. Por ejemplo, las doctrinas de la situación irregular tienen una mayor afinidad con los modelos rehabilitadores tradicionales con fines de fuerte reeducación y disciplina, mientras la doctrina de la protección integral es más compatible con los modelos restaurativos y, en general, con una visión más interdisciplinaria y mixta de los tipos de punición presentada hasta el momento. Es así que el propósito de los siguientes acápite es entender no solo cómo fue el tratamiento de los menores infractores en el pasado, sino cómo se desarrollan en la actualidad. Para contestar la interrogante de si es que hemos superado adecuadamente ciertas visiones anacrónicas de los modelos punitivos, es necesario entender en qué consisten estas estructuras de conocimientos, ideas y políticas que guiaron el tratamiento de los niños y adolescentes infractores e infractoras.

2. Doctrina de la situación irregular

Con los niños y adolescentes como eje de este periodo de transformación, distintas legislaciones a lo largo del mundo aceptan esta visión del menor de edad como objeto de protección y tutela. Dentro de su gran complejidad, la manera más sencilla de definir a la doctrina de la situación irregular es hacer referencia a la instrumentalización de los “menores de edad” con fines ulteriores como fueron la profilaxis social y la eliminación de las infancias no deseadas, es decir, aquellos niños, niñas y adolescentes vinculados a la pobreza, la vagancia y otros aspectos socialmente indeseados. Iré por partes.

Para comenzar, diversos autores cuestionan que la doctrina de la situación irregular sea, en principio, una doctrina. Brunaud (2003) recuerda a sus lectores que este término hace referencia al “conjunto de la producción teórica elaborada por todos aquellos que de una u otra forma están vinculados con un tema, ya sea desde el ángulo el saber, la decisión o la ejecución” (p.21). Esto representa un problema en cuanto, a su parecer, técnicamente toda la producción referente a los menores de edad en situación irregular proviene del mismo sector: los operadores de justicia. Tomando esto en consideración, resulta complejo referirnos a la situación irregular como doctrina en el sentido estricto de la palabra. Sin embargo, quisiera observar que, si bien los jueces de menores tuvieron un papel protagónico en la construcción teórica de la doctrina de la situación irregular, esto no debería excluir los aportes que realizaron otros agentes respecto a la misma, como es el caso de las organizaciones benéficas, la academia, entre otros.

En segundo lugar, considero que una de las premisas más importantes de este doctrina y modelo es que el mismo parte de la división de la infancia en dos tipos: la primera es aquella infancia que resulta deseable, tierna, admirable y que se ajusta a los intereses sociales del momento, como es la educación, la higiene, la bonanza y los valores. La segunda, por otro lado, es la infancia que no tiene, la infancia que no puede. La primera estaría regulada por los Códigos Civiles, mientras que la segunda, merecedora de un tratamiento mucho más severo, estaría regulada por las legislaciones de menores. Como menciona Barrera (2014), “serán pues, los confinados de la sociedad todos aquellos niños que al presentar ciertas características o condiciones sociales se les tutelaré con la represión judicial e institucional desmoronando así su condición humana al someterse a la institucionalización” (p.20). En otras palabras, la doctrina de la situación irregular necesita esta dualidad entre “infancia funcional” e “infancia

disfuncional” para poder manifestarse mediante, por ejemplo, la detención y la internación de los menores de edad.

Quisiera hacer una observación. Acosta (2016), en un prolijo trabajo acerca de los cambios en la orientación de la atención pública a la infancia y la adolescencia en Uruguay, utiliza un término bastante áspero pero adecuado para definir a los menores de edad bajo la doctrina de la situación irregular: los bárbaros etarios (p.9). Esta atura da el ejemplo de los códigos del niño uruguayos para dejar una importante interrogante, y es que cabe preguntarnos si, bajo las legislaciones que nacieron desde la doctrina de la situación irregular, la sociedad buscaba no solo proteger al menor de edad, sino también protegerse del mismo. “¿Realmente se protege a la infancia en peligro o nos defendemos de ella porque es una amenaza”? pregunta Acosta (p.14). Esto me lleva a otra importante característica de esta doctrina: los menores de edad son tratados como objetos de tutela en donde el abandono y la delincuencia eran dos caras de la misma moneda, pero mediante su intervención, se están controlando futuras amenazas que atentan contra los intereses de la sociedad. Hablamos, pues, de la vagancia, la delincuencia, la inmoralidad, la falta de recato y de educación.

Bajo esta doctrina, se colocó la capacidad de control en el sistema, anulando cualquier capacidad de decisión. La doctrina de la situación irregular se vio nutrida por una serie de corrientes, entre las que se encuentran 1) el conservatismo jurídico-corporativo³⁰, 2) el decisionismo administrativo³¹ y 3) el basismo de la atención directa³²

³⁰ El conservatismo jurídico-corporativo se basa en las expresiones de deseos presentes en estas leyes, las cuales están llenas de eufemismos. Esta postura, que combina una sensación de omnipotencia e ignorancia, se refleja en la frase repetida de que "en América Latina tenemos maravillosas legislaciones de menores que, desafortunadamente, no se aplican". Este enfoque se relaciona con la ideología de un juez que actúa como un buen padre de familia, permitiéndose ignorar las reglas y técnicas legales. Por lo tanto, cualquier modificación que limite las facultades existentes, como separar la competencia penal y tutelar, sería vista como una reducción. Según esta perspectiva, si las facultades judiciales son ilimitadas, la acción de un "buen" juez podría solucionar todas las deficiencias normativas, volviendo innecesaria y potencialmente peligrosa la reforma de la ley. Ver: (García:2001)

³¹ El decisionismo administrativo es una postura que se basa en consideraciones políticas coyunturales. Esta postura se fundamenta en la creencia de que la esfera administrativa es más eficiente y tiene un mayor poder de acción directa al no estar sujeta a las restricciones y formalidades propias del sistema judicial. En consecuencia, la ley también se considera innecesaria en este caso. Desde esta perspectiva, resulta más conveniente mantener la legislación existente, ya que es más cómodo trabajar en un marco legal que ha sido relegado y desacreditado, lo cual ofrece amplios márgenes de discrecionalidad. Esta postura es típica de numerosos organismos gubernamentales encargados de la implementación de programas y políticas de protección especial. Ver: (García:2001)

³² La postura del basismo de la atención directa se refiere a la tendencia común en ciertas organizaciones no gubernamentales que trabajan directamente con niños, especialmente aquellos en situaciones de mayor riesgo. Esta posición está arraigada en el origen, desarrollo y cultura de grupos que operan al margen o en contra de la ley existente. Esta postura muestra un profundo desconocimiento de la relación entre la condición legal y material de la infancia, así como la importancia de la ley como un instrumento fundamental para reproducir y ampliar las mejores prácticas en el trabajo directo con los niños. Muchos de estos grupos asumen falsamente y de forma simplista que la ley es responsabilidad del gobierno y los jueces, mientras

(García Méndez 2001: 65-66). Siguiendo el modelo tutelar, el Estado consiguió la legitimación de la acción judicial sobre niños y adolescentes en situación vulnerable, así como resocializarlos mediante la investigación de su conducta y los distintos factores que podrían empujarles hacia el delito (Valencia 2015: 32). Es así que durante este periodo comenzó el entusiasmo por el estudio por la conducta antisocial y problemática de los menores infractores.

No obstante, cabe preguntarse a qué precio. El profesor Aguilar Llanos realiza una acertada disección de las características principales de la doctrina de la situación irregular:

- a) Se considera al menor como un problema por vencer.
- b) El menor es objeto del derecho; su incapacidad natural, lo convierte en un ser digno de compasión.
- e) Indistinción entre abandonados moral o materialmente, infractores de la ley, e incluso los de deficiencia física o mental.
- d) Facultad discrecional de la magistratura especializada, para la declaración de abandono moral o material.
- e) Legislación represiva.
- f) Carencia de políticas sociales a favor de los infantes. (1996: 438-439)

La doctrina de la situación irregular subestima al niño y al adolescente, colocando los intereses, no solo de los adultos, sino del sistema, por encima de cualquier rastro de individualidad. "Considerar al menor como problema, como objeto pasible de programas de asistencia por su incapacidad natural, condujo a la adopción de medidas principalmente de institucionalización de estos menores" (Aguilar 1996: 439). No debe sorprendernos que hoy en día podamos revisar a la "doctrina" de la situación irregular como un fracaso:

La doctrina de la "situación irregular" se apoya en concepciones positivistas de la criminalidad, que perciben lo criminal desde un punto de vista ontológico, de manera que aquel que se considera delincuente, lo será por características patológicas y no por la serie de hechos sociales que inciden en la definición de una situación o de una persona como criminales. Habrá dentro de esta concepción una diferencia entre el anormal, quien

que los niños son un problema de las organizaciones no gubernamentales. Dentro de la cultura de estos grupos, luchar por una reforma legislativa se percibe como una distracción de los valiosos esfuerzos diarios. Es más cómodo trabajar vagamente en contra de la ley vigente que embarcarse en un proceso difícil, incierto y complicado de establecer una relación crítica con el ámbito jurídico y las políticas gubernamentales. Ver: (García:2001)

se señala o se ha visto señalado como delincuente, y el normal, quien no se ha señalado como tal. De esta forma se trabajará con categorías peligrosistas, adjetivas al positivismo penal que no tienen en cuenta lo que el individuo hace, sino lo que pueda llegar a hacer (Sent. C-425 de 1997). (Marino 2001: 90).

Ahora bien, quisiera hacer una pausa en este momento para resaltar la relación que hay entre la doctrina de la situación irregular y el paternalismo y perfeccionismo jurídico. "(...) Mientras que el paternalismo se orienta a evitar daños y sólo daños de tipo físico, psíquico y económico, el perfeccionismo se orientaría a beneficiar (al perfeccionamiento) y los beneficios son de tipo moral (el logro de virtudes morales)" (Alemany 2005: 481). Este último suele entenderse como "una tesis sobre los fines legítimos del Estado, según la cual el Estado debe promover formas de vida objetivamente valiosas, incluso por medio de la coacción" (Alemany 2005: 481).

Se puede apreciar que, en este caso, la situación irregular del menor representaba aquellos elementos que el sistema buscaba eliminar y que vinculaba al abandono, como son la falta de educación, la vagancia, la suciedad, entre otros. Es así que "el Estado debe determinar cuáles son las formas de vida valiosas, cuáles son las formas sociales que estas formas de vida requieren y, adicionalmente debe sostener -a través de sus normas jurídicas y sus políticas- estos planes de vida valiosos y las formas sociales de las que dependen" (Seleme 2015: 1256). Hay una delgada línea que separa al perfeccionismo del paternalismo jurídico, pero sostengo que en caso de la doctrina irregular, podemos encontrar a ambos:

En términos muy generales puede decirse que, mientras los liberacionistas propugnan por la no intervención del Estado en las decisiones de los individuos, los perfeccionistas justifican la conducción del Estado hacia ideales morales. El perfeccionismo parte de la base no sólo de que existen planes de vida objetivamente mejores, sino que "sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores" (Nino 1989, p. 205). Esta visión excluye la neutralidad del poder público frente a las distintas concepciones de lo bueno y asume como una función legítima la adopción de las medidas necesarias para que los individuos acepten y materialicen los ideales de virtud personal que se consideran verdaderos. (González 2006: 103)

La doctrina de la situación irregular, por tanto, no solo buscaba proteger al menor de edad de sí mismo, sino que buscaba hacerlo encajar en el modelo esperado y aceptado por la sociedad y, por tanto, el Derecho, aunque tuviese que utilizar la fuerza y el adoctrinamiento para conseguirlo³³. Como podremos ver más adelante, los resultados del impacto que tuvo esta “doctrina” en distintos países de Latinoamérica, incluyendo el Perú.

En el caso de nuestro país, la doctrina de la situación irregular se manifiesta ampliamente como un control sociopenal de las infancias disfuncionales y tuvo como características principales la inimputabilidad de los menores, la valoración de un derecho penal de autor, la creación de categorías jurídicas amplias y el internamiento como medida privilegiada (Barletta, 2018, p. 17-18). En el caso de otros países, como Uruguay, está la glorificación de la mujer como madre y encargada del orden del hogar y, por lo tanto, responsable de los menores de edad en el ámbito familiar, la equivalencia del juez de menores con la figura de un padre de familia que se asumía ausente o disfuncional (tema que tocaré en acápites posteriores) y la difusión de una cultura del encierro de niños y adolescentes (Acosta, 2016, p. 15-18).

Finalmente, partiendo del caso chileno, Brunaud (2003) encuentra que, en la práctica, la doctrina de la situación irregular representó las siguientes características: los menores son objetos de protección, las categorías jurídicas son indeterminadas, hay una irregularidad centrada en el propio menor, la separación de dos infancias, la necesidad de protección, la vulneración de derechos fundamentales, la concepción del menor como incapaz, la judicialización de las causas sociales, la confusión entre lo tutelar y lo punitivo, la criminalización de la pobreza y la ausencia de garantías de debido proceso (p. 32-38). No obstante, pronto este modelo basado en la tutela y protección de corte obscuramente paternalista, mutó.

Aunque discutido, muchos sostienen que después de la Ilustración, la Segunda Guerra Mundial fue el acontecimiento histórico que puso al descubierto los errores del

³³ El movimiento de los salvadores de niños creía que la mala conducta de los jóvenes era el reflejo de un “ambiente malsano, especialmente la influencia dañina de la miserable vida urbana” y que las ciencias sociales y del comportamiento podían corregir la mala conducta con la intervención estatal adecuada. En otras palabras, si la indisciplinada vida hogareña del niño era la dolencia, la intervención estatal era la cura. En consecuencia, “los niños que violaron la ley no debían ser considerados criminales sino como pupilos del Estado que debían recibir casi el mismo ‘cuidado, custodia y disciplina’ que se da a los niños abandonados y dependientes. “Debido al Ideal de Rehabilitación, las principales” reformas de la justicia penal [de este período] libertad condicional, libertad condicional, sentencias indeterminadas y el tribunal de menores— todos enfatizaron políticas abiertas, informales y flexibles” para reformar a los infractores”. (Walker 2013: 618)

Derecho y en especial, del poder punitivo del Estado, trayendo consigo importantes cambios. Para penalistas como Schaffstein, el Derecho Penal del régimen nacionalsocialista representó un simple paso del Derecho penal liberal, hacia un Derecho penal que pretende la protección de “los intereses del pueblo y la sustancia misma de la comunidad popular, en el que el sujeto individual no sería, en realidad, el sujeto pasivo del delito, sino únicamente el querellante en nombre de la comunidad, única víctima del hecho delictivo” (Gómez Martín 2008: 56). La llegada del Derecho penal totalitario parece representar un retroceso en la definición del concepto de delito: se abandonan las libertades y derechos del individuo como objeto de protección y nuevamente parecen primar los valores de la sociedad.

El régimen nacionalsocialista decide que, para la conservación del grupo, es necesario extender el brazo punitivo del Estado hasta la esfera interna de los sujetos: se necesita proteger a los ciudadanos antes de la comisión de un delito y para esto, se toman en cuenta sus factores biológicos y sociales para determinar su peligrosidad, los cuáles si bien no se presentan como delito, sí ocasionan una reacción en el poder público a modo de medidas de seguridad (Borja Jiménez 2003: 60). Esta nueva tendencia en el Derecho Penal es posteriormente replicada por otros países a lo largo del siglo XX. El tratamiento de niños y adolescentes infractores no fue ajeno a estos cambios:

Así, se desarrolló el concepto de “comportamiento anormal” para determinar su influencia en la delincuencia juvenil. Este comportamiento implicaba la predelincuencia y la delincuencia potencial. El predelincuente era el menor que, aunque no hubiera cometido delito alguno, presentaba problemas de conducta que llevarían a pensar que en un futuro pudiera delinquir, lo que dio pie para que en ciertos países –Austria, Inglaterra, Suiza, Suecia, Irlanda, Francia, Hungría y los Países Bajos- se establecieran medidas de cuidado con el fin de proteger su desarrollo físico, psicológico y moral, que se encontraban en peligro. (Valencia 2015:32).

Esta tendencia, la cual también podría entenderse como una preferencia por la medicalización del delincuente, y, en consecuencia, el tratarlos como una suerte de *sujetos a medias*, también llegó a su fin. No cabe duda que tras observar las consecuencias de ordenamientos jurídicos como el del régimen nacionalsocialista, surgiese una fuerte crítica hacia el modelo del Estado de Derecho del momento. Las dictaduras y los totalitarismos del Siglo XX dejaron en evidencia que cuando el ius puniendi es usado para manifestar posiciones políticas y concepciones morales o

religiosas, cobijado por la legitimidad de un Estado de Derecho, sólo traían violencia y abuso de los sectores más vulnerables de la población, como son las personas privadas de libertad, los niños y los adolescentes, entre otros.

En búsqueda de un nuevo modelo estatal que recuperara la importancia de los derechos, la dignidad humana y las garantías ciudadanas, nace en Occidente el sistema democrático, el cual se fundó en el valor de los derechos humanos y el pluralismo jurídico (Borja Jiménez 2003: 62). Estos son los principios que volverían el eje del nuevo Derecho penal. Cabe mencionar que la aparición de severas regulaciones para el poder punitivo del Estado no representa un desarrollo ineficiente. Hay una notoria diferencia entre regular y reducir al Derecho penal y esta no radica en la acción, sino en el propósito. Las nuevas reglas no significan un obstáculo para la disciplina, sino más bien una ventaja a largo plazo que lo hará más justo e igualitario en el futuro.

El fin de la Segunda Guerra Mundial y la aparición del Estado de Bienestar cambia la noción que se tenía del menor infractor. Aparece, entonces, el *modelo educativo*, en el cual, a diferencia del tutelar, se busca evitar el ingreso del adolescente al sistema penal y, por tanto, regular la intervención del Estado en la vida del mismo (Valencia 2015:34). Respecto al mismo, podemos decir que, en el ámbito del sistema penal juvenil, este enfoque se caracterizó por tratar de manera integrada a los jóvenes que cometen delitos y a aquellos que necesitan asistencia debido a su situación de desamparo. Además, se promueve un enfoque más allá de la disciplina tradicional, a cargo de profesionales especializados como psicólogos, trabajadores sociales, educadores, entre otros, a quienes se les otorga un amplio margen de discrecionalidad. En cuanto al procedimiento, se aboga por una desformalización, recomendando evitar en la medida de lo posible el encarcelamiento en el ámbito de la ejecución penal, fortaleciendo en su lugar el enfoque educativo dentro de la familia o en entornos de medio abierto, como hogares o familias sustitutas.

A comparación del anterior, el modelo educativo trataba de abandonar de a pocos el ideal retributivo y cambiarlo por el uso de nuevas y modernas disciplinas. Se implementaron nuevas medidas como, por ejemplo, los sistemas de medio abierto y las familias sustitutas, incluyéndose la presencia de nuevos agentes y disciplinas, como es la psicología, es el trabajo social, la psicología, las ciencias sociales, entre otras (Valencia 2015:34-35). Sin embargo, a pesar de las mejoras que pudiera representar el modelo educativo sobre el tutelar, las críticas y objeciones al mismo no se hicieron

esperar, inspiradas por importantes acontecimientos y nuevas corrientes de pensamiento.

3. Doctrina de la protección integral

A diferencia de su sucesora, la doctrina de la protección integral propone al adolescente como sujetos plenos de Derecho y ya no objetos de tutela, lo cual implica una serie de cambios en su tratamiento dentro del sistema de justicia, como es nuevos límites del mismo y una mayor participación del niño y adolescente en las decisiones tomadas respecto a su futuro. Por supuesto, la presencia de este tipo de doctrina fue, en buena parte, por la aparición de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la cual veremos más adelante. Es en este punto que quisiera hacer una pausa para resaltar una nueva tendencia, no solo en el Derecho penal de menores, sino en la disciplina en general. Pronto resultaría evidente que el modelo educativo no lograba conseguir los resultados esperados y que el menor de edad continuaba siendo relegado a un papel pasivo y de poca o nula participación en las políticas que eventualmente afectarían su vida. Si bien en un primer momento consiguió una *desjudicialización* en el ámbito penal juvenil, el modelo educativo no logró reducir la estigmatización ni mucho menos los niveles de internamiento (Cabezas, 2011, p.165). Aquí se debe mencionar la aparición del moralismo legal y el constitucionalismo como corrientes que eventualmente dieron origen a fuertes críticas del tribunal de menores alrededor de los años sesenta. La primera referida a cómo el Derecho penal es un mecanismo inadecuado para proteger a la sociedad y sus valores en el caso de adolescentes infractores, mientras que el segundo critica la privación de derechos de este grupo a manos del sistema de justicia, como veremos a continuación.

Cuando hablo de moralismo legal, me estoy refiriendo a la polémica entre Patrick Arthur Devlin y H.L.A Hart a raíz del Reporte Wolfenden³⁴ en 1957. En concreto, el intercambio entre ambos personajes giró alrededor de la posibilidad que el Derecho cumpla la función de imponer determinados valores y normas morales. Mientras que el juez Devlin sostenía que el Derecho penal es un Derecho siempre moralizado, Hart creía que “la justificación moral del castigo depende, en última instancia, del carácter dañino

³⁴ El Informe Wolfenden, oficialmente “Informe del Comité sobre Delitos Homosexuales y Prostitución” fue un estudio realizado por el gobierno británico en 1957. Este propone que las conductas homosexuales entre adultos que consienten en privado ya no sean criminalizadas en Inglaterra. Este informe causó mucha controversia no solo en la sociedad, sino en los círculos académicos. Es en estos últimos donde se realiza el histórico intercambio entre Lord Devlin, juez británico, quien estaba en desacuerdo con el contenido del documento, y HLA Hart, estudioso de la jurisprudencia, quien argumentó a favor del mismo.

de la acción que se reprime (...) [aceptando] el principio del año como legitimador de las intromisiones estatales en la libertad de los individuos” (Malem, 1996, p. 45-46). Irónicamente, esta fue una de las corrientes que criticó duramente el trabajo de los tribunales juveniles. “El moralismo no actúa por el bien de un sujeto concreto, sino de la *sociedad qua sociedad*” (Ramiro, 2005, p. 130), por lo cual la crítica de sus seguidores no se basa en los daños o beneficios causados por este sistema hacia los niños y adolescentes, sino a su ineficiencia *para* la comunidad:

En lo tocante a la delincuencia juvenil, los moralistas jurídicos aducen que es socialmente indeseable dejar que el comportamiento rapaz y dañino quede sin castigo. Señalan además que los ciudadanos más ordinarios ven la delincuencia con “intolerancia, indignación y asco” y que la función propia de la ley es dar una expresión ceremonial a esta revulsión moral [...] Los moralistas jurídicos ven en el derecho penal la expresión simbólica de los valores institucionalizados violados por el delincuente, de modo que el castigo tiene una función educativa que une a todos los no delincuentes y conformistas en la “solidaridad emocional contra la agresión” [...] El tribunal para menores, de acuerdo con esta perspectiva, no logra hacer repelente la delincuencia para el menor como modelo de rol, y ha privado al derecho penal de su eficacia como instrumento de educación moral, porque no expresa formalmente la condenación del comportamiento antisocial. (Platt, 2006, p.168-171).

Es decir, el moralismo legal estaba insatisfecho con este sistema, creyendo que el poderoso significado del Derecho penal como instrumento de defensa de la comunidad, quedaba asfixiado bajo las excepciones y tratamientos alternativos presentados por los tribunales juveniles. Para esta corriente, era inaceptable gastar tiempo y recursos en transformar al adolescente infractor en un desadaptado necesitado de tratamiento, cuando la consecuencia de sus acciones era tan reprobable como cualquier delito cometido por un adulto. Efectivamente, resulta irónico que algo como el moralismo legal, que gravita alrededor de una noción retributiva y proporcionalista del castigo, haya influenciado, de alguna manera, cambios positivos en el sistema de tribunales de menores, al señalar su ineficacia.

Desde una óptica diametralmente opuesta, está el aporte de los constitucionalistas. Este resulta mucho más compatible con las críticas que podemos escuchar, hasta la fecha, acerca de los sistemas de privación de libertad y limitación de derechos. Justamente, los seguidores de esta perspectiva se muestran escépticos respecto a los fines humanitarios del tribunal para menores y se preocupan en particular de la invasión de los derechos personales so pretexto de beneficencia y rehabilitación”.

Hoy se sabe que el evento que marcó un antes y un después en la discusión sobre el grado de arbitrariedad de las acciones llevadas a cabo dentro de los tribunales de menores, fue el caso Gault.³⁵, el cual llega eventualmente a la Corte Suprema de Estados Unidos

En 1967, este tribunal se pronuncia por primera vez acerca de los adolescentes infractores en un proceso judicial, haciendo énfasis en los derechos y garantías que les protegen. La Corte dictamina que los menores de edad tenían un derecho constitucional al debido proceso y, en específico: 1) derecho a ser notificados en un tiempo prudente de las acusaciones en su contra, 2) derecho a ser representados por un abogado, 3) derecho al interrogatorio cruzado de testigos y careo, 4) derecho a ser advertidos de la autoincriminación y 5) derecho a guardar silencio (Jensen, 2006, p. 86). Hoy, la idea de reconocer al adolescente los mismos derechos procesales que a un adulto puede parecer algo que no requiere de nada más que un mínimo salto lógico, sin embargo, en la coyuntura del momento, fue una propuesta histórica.

Ya en 1969, Anthony M. Platt (2006) escribía sobre los impactos del caso Gault en el sistema judicial norteamericano. En aquel momento, a solo dos años de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el autor indicaba: “(...) parece improbable que la decisión genere algo más que unas cuantas modestas modificaciones en el conjunto del sistema de tribunales para menores. Importantes cambios estructurales dependerán en definitiva de la reforma legislativa, que no parece estar cerca” (p.175). Sin embargo, cabe mencionar que el principal aprendizaje del caso Gault radica en concluir que el menor de edad no tiene derecho a la libertad, sino a la custodia, lo cual es coherente con los modelos descritos en acápites anteriores en donde aún se consideraba que los niños y adolescentes debían ser custodiados, más no contaban con la calidad de sujetos de la misma manera que los adultos.³⁶ De alguna manera, el tiempo

³⁵ En junio de 1964, un adolescente de 15 años llamado Gerald Gault realiza una presunta llamada telefónica obscena a una vecina, la cual denunció al menor de edad a las autoridades. Gault, quien en aquel momento se encontraba en libertad condicional al estar en compañía de otro niño, fue arrestado por el sheriff del condado de Gila, Arizona. Ronald Lewis, un amigo del adolescente, también fue llevado al Centro de Detención de Niños. Los padres de Gerald Gault no recibieron notificación alguna y terminaron enterándose del arresto de su hijo gracias a la familia Lewis. Al llegar a la institución donde se encontraba su hijo, la señora Gault es informada sobre una primera audiencia que se llevaría a cabo al día siguiente. La petición presentada ante el tribunal nunca se le entregó a ninguno de los involucrados, la audiencia se desarrolló de manera totalmente informal, la víctima no estuvo presente y, finalmente, Gault fue sentenciado a seis años de privación de libertad en un centro de detención juvenil. Los padres de Gault presentaron un recurso de hábeas corpus, que fue desestimado. Es por ello que el caso, eventualmente, llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos. El presente recuento ha sido extraído de los recursos educativos de la página oficial <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-re-gault>

³⁶

le dio la razón, pues entre 1966 y 1975, la Corte Suprema de los Estados Unidos adoptó una posición a favor del desarrollo del derecho al debido proceso de los adolescentes en conflicto con la ley penal, lo cual se evidencia a lo largo de sus sentencias.

Como consecuencia de estas nuevas tendencias, aparece el modelo de responsabilidad. Originado “en las crecientes críticas que se fueron formulando a los procedimientos administrativos de que eran “objeto”, los niños, niñas y adolescentes infractores [los cuales] carecían de las garantías que otorgaba el sistema procesal penal a los infractores de ley” (Cabezas, 2011, p. 164), el modelo de responsabilidad resulta innovador en cuanto gira alrededor de la doctrina de la protección u atención integral. ¿De qué manera? En el sentido que esta doctrina abandona la visión del niño y adolescente como objeto que debe ser protegido por el Estado para su protección y la salvaguarda de los valores de la sociedad, pasando a considerarle un sujeto de derechos, capaz de obtener garantías como el del debido proceso.

La doctrina de la protección integral ha sido estudiada ampliamente por un sinnúmero de autores, por lo que la lista de sus principales objetivos y principios es extensa. Sin embargo, sus principales fundamentos se encuentran en los derechos específicos del niño y del adolescente, el reconocimiento del niño como sujeto de derechos y el principio del interés superior del niño. No obstante, la doctrina de la protección integral también cuenta con otros principios rectores, como es el tomar en cuenta a los niños en un estado de vulnerabilidad, la aplicación de una justicia especializada y, finalmente, la participación de la sociedad civil en las políticas vinculadas a los menores de edad. El siguiente cuadro busca dar un resumen de cada uno de estos puntos, a saber:

CUADRO NRO. 10
FUNDAMENTOS PRINCIPALES DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL SEGÚN
VALENCIA (2015) y AGUILAR (1996).

Fundamentos	Contenido
Los derechos específicos del niño	Se toma en cuenta las particularidades del grupo etario, atendiendo a sus necesidades físicas y psicológicas al encontrarse en proceso de desarrollo y auto-descubrimiento.
El niño como sujeto de derechos	Se abandona la creencia del infante como incapaz por naturaleza, adoptando la noción del niño y del adolescente como un ser humano capaz de tomar decisiones, gozar de derechos y estar sujeto a deberes y obligaciones.
El interés superior del niño	Se acoge el interés superior del niño como el principio que debe guiar las políticas, medidas y acciones que se tomen, tanto en instituciones públicas

	como privadas, respecto al menor de edad, por lo cual debe primar su bienestar, favorecimiento y protección.
Niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad	Se visibiliza la realidad de los niños y adolescentes que se encuentran en circunstancias particularmente complejas debido a su situación familiar, social y/o económica, sus características físicas y psicológicas, entre otros, quienes requieren de un enfoque especial.
Participación de la sociedad civil	Se abandona la noción de la participación del niño y adolescente en sociedad como una indulgencia, transformándola en un deber de solidaridad social, por lo cual se exhorta a que contribuyan al reconocimiento, protección y ejercicio de sus derechos.
Justicia especializada	Se asumen las necesidades del niño y del adolescente como problemas humanos que requieren de una magistratura especializada en estos, así como de procedimientos que obedezcan a una perspectiva interdisciplinaria e integral.

Fuente: Elaboración propia

En materia penal juvenil, como se verá más adelante, la doctrina de la protección integral trajo importantes aportes y uno de los principales se encuentra en tomar en cuenta al niño y adolescente como sujeto con capacidad de ejercer derechos en vez de ser un mero objeto de tutela y protección. Según el Informe Defensorial N°15 (2000) y el Informe Defensorial N°123, esta doctrina representó:

- El cambio de visión del niño, de objeto de compasión y represión a un sujeto pleno de derechos.
- La consideración del principio del interés superior del niño, que sirve como garantía (vínculo normativo para asegurar los derechos subjetivos de los niños), norma de interpretación y/o resolución de conflictos; y como criterio orientador de las políticas públicas referidas a la infancia.
- La inclusión de los derechos de los niños dentro de los programas de derechos humanos.
- El reconocimiento al niño de derechos y garantías en los casos en los que se encuentre en conflicto con la ley, especialmente la ley penal. En este último caso, la necesidad de diferenciar el grado de responsabilidad según el grupo etario al que pertenezca.
- El establecer un tratamiento distinto a los niños que se encuentran abandonados con los infractores de la ley penal, separando claramente la aplicación de una política social o política criminal respectivamente.
- Que, ante la comisión de una infracción, deba establecerse una serie de medidas alternativas a la privación de libertad, la cual debe ser una medida excepcional y aplicarse por el mínimo plazo posible.
- El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación. (p.21)

Las ideas centrales de esta sección han sido, en primer lugar, entender que las prácticas respecto a los adolescentes infractores suelen estar divididas, para bien o para mal, en la dicotomía de la doctrina de la situación irregular y la protección integral. Es fascinante ver cómo cada una se puede orientar hacia determinados tipos de modelos punitivos y cómo esto responde a un contexto histórico y social. Comencemos por la doctrina de la situación irregular, en donde la justificación incapacitadora y rehabilitadora del castigo fue totalmente dominante; aquí se pueden apreciar algunas de las críticas realizadas en el primer capítulo, en cuanto los adolescentes infractores fueron despojados de cualquier individualidad y tomados como un mero medio para conseguir un bien mayor.

Por otro lado, en la doctrina de la protección integral, son estas observaciones las que llevan a los críticos y académicos del momento a cuestionar el sistema tradicional y aumentar la influencia de justificaciones restaurativas del castigo. Debo de agregar, respecto a este último punto, que la atención a la justicia restaurativa no se encuentra propiamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, pero considero que esta última sí sirvió de inspiración para la conformación de nuevas políticas con una noción diferente e innovadora del tratamiento de los adolescentes en conflicto con la ley penal. La justicia restaurativa se puede observar con mayor detalle en la Observación N°24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil en donde se recalca la importancia de mantener a los niños y adolescentes lo más alejados posibles de los procedimientos judiciales, atendiendo a nuevos mecanismos de solución:

En muchos sistemas de todo el mundo se han introducido medidas relativas a los niños que evitan recurrir a procedimientos judiciales y que generalmente se denominan medidas extrajudiciales. Estas medidas implican derivar asuntos fuera del sistema de justicia penal oficial, por lo general a programas o actividades. Además de evitar la estigmatización y los antecedentes penales, este criterio resulta positivo para los niños, es acorde con la seguridad pública y ha demostrado ser económico.

En la mayoría de los casos, la forma preferida de tratar con los niños debe ser la aplicación de medidas extrajudiciales. Los Estados partes deben ampliar continuamente la gama de delitos por los que se pueden aplicar dichas medidas, incluidos delitos graves, cuando proceda. Las posibilidades de aplicar tales medidas deberían estar disponibles lo antes posible tras entrar en contacto con el sistema y en diversas etapas a lo largo del proceso. Las medidas extrajudiciales deben ser parte integrante del sistema de justicia juvenil y, de conformidad con el artículo 40, párrafo 3 b), de la Convención, los derechos humanos y las garantías jurídicas del niño deben respetarse y protegerse plenamente en

todos los procesos y programas que incluyan medidas de esa índole. (Comité de los Derechos del Niño, 2019. p. 5-6)

Como mencioné en acápite anteriores, el espíritu de las corrientes restaurativas se encuentra en cuestionar la necesidad de la privación de libertad, señalar los efectos negativos de los sistemas penitenciarios tradicionales y, finalmente, ofrecer alternativas que respeten la esfera personal del individuo y busquen afectarle positivamente a corto y largo plazo.

4. Estándares respecto al tratamiento de los niños y adolescentes infractores de acuerdo a los instrumentos internacionales

La complejidad de la niñez también se evidencia en el tratamiento que ha recibido y continúa recibiendo por parte de la comunidad internacional. Esto último ayudará a apreciar algo que he intentado sostener respecto al tema de los niños y adolescentes, y es que no existe un sistema ni una teoría perfecta; muy por el contrario, los diferentes avances en otras maneras, obligan a los instrumentos del Derecho a reevaluarse y actualizarse constantemente. El presente acápite tiene diversos propósitos: el primero es explicar los contenidos de la Convención de Derechos del niño de 1989, esto en cuanto es el pilar sobre el cual se desarrollaron los cambios más importantes respecto al tratamiento de los adolescentes infractores. He mencionado las dos doctrinas en las que se dividen las formas de entender este último tema, pero no podríamos hablar de aquella que se refiere a la protección integral sin mencionar a la Convención. En segundo lugar, está la construcción del interés superior del niño, concepto que es utilizado hasta la fecha para tomar decisiones respecto al tratamiento que recibirán los niños y adolescentes en el sistema de justicia y desde el Derecho en general, muchas veces utilizado como justificación para elegir entre un modelo punitivo y otro, como veremos más adelante. Y, finalmente, los estándares específicos para el tratamiento de niños y adolescentes en el sistema de justicia juvenil, difundidos a través de reglas y directrices que serán desarrolladas más adelante. La relevancia de este último punto radica en que estos estándares hacen énfasis en detalles que nuestra legislación nacional suele pasar por alto, como son las condiciones de los centros de rehabilitación y la atención a las cuestiones de género en el caso de las niñas y adolescentes.

4.1 La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada el 20 de noviembre del año 1989. Tal como la conocemos, este *corpus* está compuesto por tres secciones: 1) la primera hace referencia a los artículos sustantivos, del artículo 1 al 41; 2) la segunda contiene información respecto al monitoreo y revisión constante de la implementación de la Convención a cargo de un comité de expertos, lo cual ocupa del artículo 42 al 45; y 3) la tercera sección contiene la ratificación de la Convención, las reservas y enmiendas. Ahora bien, respecto a los artículos y su organización, hay distintas formas de organizarlos dependiendo de la perspectiva que se quiera tomar. Una forma es dividirlos en ocho tipos de grupos: 1) Medidas generales de implementación; 2) La definición de niño; 3) Principios generales; 4) Derechos y libertades civiles; 5) Entorno familiar y cuidados alternativos; 6) Salud y bienestar básicos; 7) Educación, esparcimiento y actividades culturales; y 8) medidas especiales de protección. Para este Doek (2019), este tipo de organización refleja la interdependencia de los derechos (p. 13). Por otro lado, la clasificación de Murray, Swadener y Smith, quienes realizan una división más concisa. A saber:

CUADRO NRO. 11
CATEGORÍAS DE DERECHOS DE LA CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO
SEGUN MURRAY, SWADENER Y SMITH (2020)

Categoría	Descripción	Artículos
Derechos de protección	Los derechos de protección de la CNUDN tienen que ver con la seguridad de los niños. Se centran en proteger a los niños de la crueldad, la explotación, la negligencia y todo tipo de abuso, incluido el que puedan encontrar si ingresan al sistema de justicia penal. Con estos derechos, los niños también gozan de "protección especial" durante la guerra.	4, 11, 19, 20, 21, 22, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40 y 41
Derechos de provisión	Los derechos de provisión de los niños, o los derechos de supervivencia y desarrollo, son los derechos básicos fundamentales de los niños a la vida, la supervivencia y el desarrollo, e incluyen el artículo 6,	4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 14, 18, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 42

	que es el Principio general relacionado con la vida, la supervivencia y el desarrollo óptimo.	
Derechos de participación	Estos siete artículos se refieren a los derechos de los niños a tener una voz activa e incorporan el artículo 12, que es el Principio General relacionado con el derecho del niño a ser escuchado.	4, 12, 13, 14, 15, 16, 17

Fuente: Elaboración propia

Si bien la Convención tiene características que le hacen única en su tipo, como el hecho que haya sido una de las que contó con mayor apoyo en la historia del derecho internacional, no está exenta de observaciones y su proceso fue todo menos pacífico; solamente su proceso de elaboración duró alrededor de diez años (Balsera y Naya, 2006, p. 81). Quisiera mencionar que la Convención y su respectivo proceso no solo buscó satisfacer intereses de distintos gobiernos, sino de sectores bastante específicos de la sociedad. Es vital que logremos entender la importancia de incluir a distintos agentes en la discusión de cuerpos normativos, ya sea de alcance nacional e internacional. Sin embargo, se desprende de una alta diversidad de participantes que haya también una diversidad de opiniones y, eventualmente, encuentros y desencuentros respecto a contenidos. Esto fue exactamente lo que ocurrió con la Convención. Existieron y hasta el momento existen distintas objeciones hacia este *corpus* normativo; para comprobar esto solo basta ver que el texto no ha sido ratificado por todos los países del mundo, ya que Estados Unidos, hasta el momento, se ha rehusado a aprobarlo en el Senado³⁷.

Además de lo ya mencionado, cabe hacer la acotación que los motivos detrás de Estados Unidos y su no ratificación de textos como la Convención y tratados de derechos humanos, han sido estudiados por la academia. Esta aversión hacia el compromiso mediante la ratificación de tratados se debe en parte al contexto histórico particular que existía a finales de la década de 1940 y principios de la década de 1950, cuando se

³⁷ Es importante notar que las principales objeciones a la Convención, en el caso de Estados Unidos, tienen una connotación moral y religiosa. Se cuestiona lo siguiente: (1) si los niños, como tales, tienen derechos; (2) si los derechos de los niños, incluso si existen, se aplican mejor a través del derecho internacional; y (3) si los derechos de los niños, tal como se definen actualmente, inevitablemente amenazan los derechos parentales y la libertad religiosa. Algunos de estos argumentos se sustentan en preocupaciones más amplias sobre si el discurso moderno de los derechos humanos en su conjunto, no solo los derechos de los niños, subordina indebidamente las normas morales cristianas y las narrativas comunitarias a los ideales seculares de individualismo, autonomía personal y autodeterminación. Ver (Witte: 2019)

estaban desarrollando por primera vez los tratados de derechos humanos. Se enfatiza, especialmente, en las relaciones raciales de la época, señalando que algunos conservadores se resistieron al régimen de derechos humanos en desarrollo porque lo veían como un esfuerzo del gobierno federal para ampliar su autoridad y abordar la segregación racial y la discriminación en el Sur (Bradley, 2010, p.322). Es probable que estas razones, arraigadas en cuestiones culturales y políticas propias del país norteamericano, hayan persistido hasta la fecha y sean causantes de la no ratificación de la Convención y otros tratados.

Solamente para evidenciar que el tema de la Convención de Derechos del Niño de 1989 fue todo salvo un tema pacífico, de las cuatro grandes controversias desarrolladas por Doek (2019, p. 9-10), (definición del niño, libertad de religión, adopción y protección del niño en los conflictos armados), voy a hacer énfasis en la primera.

Existen, por supuesto, otro tipo de temas controversiales respecto a la Convención. Puedo pensar en tres: el primero referente a la puesta en práctica de los contenidos de este texto, el segundo, respecto a la capacidad del niño de formular sus propios puntos de vista y, el tercero, referente a la participación de los niños en la construcción de la Convención. Para comenzar, muy pocos han sido los gobiernos que han podido implementar efectivamente la Convención de 1989 en su totalidad (Murray, Swadener y Smith, 2020, p. 7) y esto se debe a un énfasis en los derechos de protección, mas no en los de previsión y participación (Cuadro N°16). Como se ha visto en las controversias principales de este *corpus* normativo, inclusive en un texto tan revolucionario como este, parece haber un problema respecto a aceptar a cabalidad la autonomía de los niños, especialmente en cuestiones de credo, ideología y trabajo. Soy de la opinión que un ejemplo bastante importante de cómo esto podría causar problemas en la práctica es referente al debate del trabajo infantil, véase el caso de la Unión de Niños y Adolescentes Trabajadores de Bolivia.

Luego está la capacidad de decisión de los niños. ¿Desde cuándo es que un niño, niña o adolescente puede tomar decisiones que afecten su salud, su integridad y su futuro? El Derecho es insuficiente para responder esta pregunta. Resulta bastante razonable ver que la Convención de 1989 hace la salvedad que muchos de los derechos, como los de carácter participativo y de derechos civiles y políticos, tienen que ver con la capacidad del niño, niña u adolescente en cuestión y todos podríamos estar de acuerdo en que bebé no podría tomar decisiones acerca de su religión, pero ¿podríamos decir lo mismo de un niño de once años y edades cercanas? Es una cuestión que continúa

siendo ampliamente investigada por la medicina, la psicología y otras ciencias afines. Murray, Swadener y Smith (2020) hacen un buen punto cuando, haciendo mención a otras investigaciones, indican que los seres humanos expresamos desde el nacimiento cosas como gusto y disgusto, y que, a una edad bastante temprana, ya podemos imponer nuestras personalidades en crecimiento; el problema es que solemos interpretar a los niños desde el idioma de los adultos (p. 9). Finalmente, y también vinculado con los dos puntos anteriores, está el hecho que la Convención involucró la participación tanto de los Estados como de distintos miembros de la sociedad, pero no hubo niños ni adolescentes presentes (2020, p. 7). En efecto, nadie le consultó, a pesar de ser el tema central de la Convención, cuál era su opinión respecto a las disposiciones.

Finalmente, y superados estos desacuerdos y controversias, la Convención de Derechos del Niño de 1989 fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de septiembre de 1990 y luego ratificada por veinte países, tal como indica el artículo 49 del mencionado texto. Personalmente encuentro esta parte de la revisión normativa bastante interesante y útil para los fines de la presente investigación; me interesa que se pueda entender que la Convención de Derechos del Niño siguió un proceso bastante largo y que involucró una serie de intercambios que incluyeron temas como la religión, la ideología e incluso la ciencia. El hecho mismo de definir la etapa de la niñez ya comprende una serie de conocimientos que sobrepasan por completo al Derecho; reitero que es esto lo que he intentado sostener hasta el momento y a lo largo de los acápites que nos han traído hasta aquí: no hay forma de discutir temas tan sensibles como la niñez o el tratamiento legal de cualquier minoría o grupo en situación de vulnerabilidad sin incluir una perspectiva interdisciplinaria y de filosofía del Derecho.

Aumentar la complejidad del tema de la niñez y la adolescencia para el Derecho no es, en lo absoluto, algo negativo. La aparición de nuevos y variados puntos de vista solamente nutrirán cualquier posible reforma, a modo que cuando haya un aprieto entre esta y los posibles conflictos de orden social o cultural, el legislador sepa cómo reaccionar. Como veremos más adelante, en el caso de las niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal esto es bastante usual, no solamente debido al contexto en el cual las mismas se encuentran (por ejemplo, ser el único centro para adolescentes infractoras en todo el país), sino por el hecho mismo de ser mujeres. Hay una connotación referente al género que será hartamente interesante explorar en acápites futuros.

Para cerrar este acápite mencionaré las ideas principales del mismo. En primer lugar, se ha hablado de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989 porque fue el

texto que marcó un antes y un después al tratamiento de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. Hasta ese momento, las políticas y legislaciones referentes a este grupo se encontraban bajo la doctrina de la situación irregular, lo cual significa que los miembros de este grupo eran tomados como objeto que debía ser tutelado por la sociedad y no como sujetos con capacidad de tener tanto derechos y como deberes. Además, bajo esta doctrina se aludía a la inimputabilidad, cosa que luego cambia a la responsabilidad penal una vez presente la doctrina de la protección integral. La Convención sobre Derechos del Niño de 1989 es la principal fuente cuando hablamos de los estándares del tratamiento de los niños y adolescentes, no solamente en el ámbito de la justicia juvenil, sino en cualquier tipo de participación que tengan en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, parte del espíritu de mi actual investigación es apreciar que en materia de adolescentes infractores no existe tal cosa como un plano que no sea sujeto de debate y dependa de una serie de factores y contextos que brinden a determinada figura de un contenido. Pese a la importancia de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, hay determinados puntos al respecto que pueden cuestionarse, ya que, en la práctica, podrían presentar problemas. Aquí es donde vemos la división de los derechos desarrollados en este cuerpo normativo: derechos de protección, provisión y participación. Por una serie de cuestiones de índole histórica y política, los distintos ordenamientos jurídicos parecen tener una predilección hacia los derechos de protección y no aquellos que brindan agencia a los niños y adolescentes.

¿Por qué? La Convención no nos da mucho contenido cuando se trata de la definición de este grupo, lo cual está inherentemente conectado al tema de la capacidad de decisión. Este trabajo, como se ha mencionado anteriormente, trata del tratamiento que han recibido y reciben las adolescentes privadas de libertad y en conflicto con la ley penal en el Perú. Una niña y una adolescente no pueden ser tratadas de la misma manera, pues se corre el riesgo de descuidar a unas y sobreproteger a las otras, sin embargo, la falta de definición de estos sujetos puede ser problemática, sobre todo cuando las disposiciones de la Convención se llevan a la práctica. A continuación, tocaré dos temas centrales de la Convención: el interés superior del niño, concepto que fue y continúa siendo utilizado al momento de tomar decisiones respecto a los niños, niñas y adolescentes (no siempre de manera positiva), y el papel del sistema de justicia en la protección de este grupo minoritario.

4.1.1 El interés superior del niño

Como mencionaré más adelante al momento de abordar la legislación nacional en cuanto a la protección de la niñez y su papel en el sistema de justicia, el principio del interés superior del niño es el rector al momento de tomar decisiones respecto a este grupo. El artículo 3 de la Convención indica lo siguiente: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Empero, el texto mismo no nos brinda una definición, sino que se limita a repetirlo en distintos artículos y dejar en claro que se trata de algo que debe primar en cualquier situación donde se deba tomar una decisión respecto a un niño, niña u adolescente. En esta sección voy a abarcar algunos puntos centrales acerca del interés superior del niño: lo complejo de su definición, sus distintas aristas y ámbitos de interpretación, su relación con la doctrina de la protección integral y, finalmente, algunas cuestiones sobre su aplicación.

Como mencioné, la Convención no nos da una definición. Cuando se trata de la aplicación del principio de interés superior del niño, hay una alta diversidad de probabilidades y de factores que tomar en cuenta. De manera bastante simple, “este interés superior implica poner en primer plano al niño y adolescente, cuando se delinee políticas, programas, acciones priorizando su atención” (Aguilar, 1996, p. 447). Sin embargo, esto nos deja con muchas interrogantes: ¿qué significa colocar al niño, niña y adolescente en primer plano? Nuevamente nos encontramos ante una situación en donde las generalidades podrían menoscabar la discusión. Soy de la opinión que la aplicación de este principio y derecho va a estar sujeta a las particularidades del contexto. Religión, cultura, edad, antecedentes: todos son factores que van a determinar qué es la prioridad para el niño, niña o adolescente. Recordemos que las nociones del interés superior del niño existieron mucho antes de la creación de la Convención de 1989; como hemos podido ver en acápites anteriores, ya desde hace siglos hay menciones respecto a la importancia del bienestar de los niños al momento de tomar ciertas decisiones o manejar ciertas políticas.

Sin embargo, la Convención “ha supuesto un importante avance en lo que a su conceptualización y ámbito de aplicación se refiere. Así ha proclamado su doble naturaleza como derecho subjetivo y como principio (...)” (Torrecuadrada, 2016). De igual manera, otros autores concuerdan en el que el interés superior del niño es tanto

derecho, como principio y norma procedimental (Sedano, 2020, p. 16-17). Esto último puede encontrarse en la Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, el cual establece que este es:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. (p. 4)

El contenido mismo del concepto es, empero, distinto, y se nutre de las interpretaciones y formulaciones hechas por la doctrina, la jurisprudencia, las propias Naciones Unidas y el Derecho Internacional. Para fines de esta investigación, quisiera quedarme con la definición de Eekelaar citada por Freeman (2011), la cual indica:

Uno de los mejores intentos de respuesta es el de John Eekelaar, quien sitúa los derechos del niño dentro de un auto-determinismo dinámico. El objetivo de esto es 'llevar a un niño al umbral de la edad adulta con las máximas oportunidades para formar y perseguir metas de vida que reflejen lo más fielmente posible una elección autónoma' [...]

[El interés superior del niño incluye] intereses básicos, por ejemplo, físicos, emocionales e intereses de desarrollo del cuidado intelectual, para entrar en la edad adulta en la medida de lo posible sin desventajas; intereses de autonomía, especialmente la libertad de elegir un estilo de vida propio. (...) Sería lógicamente posible haber enmarcado la Convención sobre los Derechos del Niño como una lista de deberes que los adultos tienen para con los niños. Pero eso habría revelado una visión negativa y sospechosa de la naturaleza humana; hubiera visto a la gente como servil, respondiendo mejor a la moderación y el control. (p. 17)

Por otro lado, la Observación N°14 del Comité de Derechos del Niño del año 2013, realiza un análisis de cada parte del artículo 3 mencionado anteriormente. En ese sentido, ellos adquieren la noción del interés superior del niño como una entidad tripartita: derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento (p. 4). Si bien ninguna de estas formulaciones da una definición, sí delimitan su ámbito de aplicación y la forma en la cual deberíamos de utilizarlo en la práctica. "El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño" (p. 3) sigue siendo algo bastante abstracto, pero como he mencionado anteriormente, brindarle contenido al interés superior del niño es algo que va a depender de temas como la cultura, el ordenamiento jurídico y los antecedentes del sujeto en cuestión. Esto nos lleva a una segunda interrogante que son los ámbitos de aplicación del mismo. Freeman (2007: p. 32), citando la propuesta de Philip Alston y Stephen Parker, desarrolla tres roles en donde este principio puede ser utilizado, a saber:

CUADRO NRO. 12
EL ROL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO SEGÚN PHILIP ALSTON
Y STEPHEN PARKER

Número	Rol	Sumilla
01	Ser la guía para interpretar los contenidos de la Convención	Puede "apoyar, justificar o aclarar un enfoque particular de las cuestiones que surgen en el marco de la Convención". Como tal, entonces sería "una ayuda para la construcción, así como un elemento que debe tenerse plenamente en cuenta en la implementación de otros derechos". Como se acaba de indicar, el Comité de los Derechos del Niño ciertamente enfatiza este papel.

02	Cumplir un rol de principio mediador	Es un "principio mediador que puede ayudar a resolver conflictos entre diferentes derechos cuando éstos surgen dentro del marco general de la Convención". Esto puede ser así, pero difícilmente ayuda porque mucho dependerá de los valores de las personas que emprendan la mediación y de los aspectos de la Convención que otorguen más importancia a ellos.
03	Ser la guía para evaluaciones normativas	La tercera función, identificada por Stephen Parker ⁴ , considera el principio del interés superior como base para evaluar las leyes y prácticas de los Estados Partes cuando el asunto 'no se rige por derechos positivos en la Convención'. En otras palabras, cuando se identifican lagunas.

Fuente: Elaboración propia

Quisiera también agregar el trabajo del profesor Benjamín Aguilar respecto a los distintos roles del interés superior del niño. Si bien estas fueron formulaciones de un trabajo de 1996, considero que están explicados de forma didáctica y que aplicables hasta la fecha:

- 1) El rol político: Este rol se basa en colocar al niño, niña y adolescente en un papel prioritario cuando se trate de agendas gubernamentales. Cualquier iniciativa o reforma política que pueda afectar potencialmente a este grupo minoritario no debe de proceder sin antes colocar al mismo en el eje de la discusión. El profesor Aguilar (1996) menciona que este rol político debería considerarse como una medida de inversión social, ya que velar por el desarrollo y satisfacción de las necesidades de niños y adolescentes, es también preocuparse por el futuro de la sociedad en conjunto.
- 2) El rol social: este es un rol que deja de lado a personajes como políticos, gobernantes y entidades del Derecho Internacional e Interno. Se concentra, más bien, en los ciudadanos y ciudadanas, especialmente los padres de familia (p. 447-448).
- 3) El rol cultural: Al respecto, el profesor Aguilar (1996) hace énfasis en la importancia de los mecanismos de control informal, como es la educación, la ciudadanía y familia.

- 4) El rol legal del interés superior del niño: El artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño menciona, en su primer párrafo, que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. La legislación debe buscar siempre el bienestar de este grupo vulnerable, no limitándose a la ley positiva. Es más, el profesor Aguilar (1996) indica que, en caso nos encontramos frente a una ley que entre en conflicto con este principio, “no debemos preferir la norma, o ante ausencia o vacío de norma (laguna del derecho) debemos estar a lo que objetiva y realísticamente convenga más al infante, según su particular situación. Aquí el proverbio latino ‘*dura lex sed lex*’ no debe funcionar...” (p. 449).

Rescato, pues, que cuando hablamos del interés superior del niño respecto al ordenamiento jurídico, no nos estamos limitando a la interpretación de normas o a la construcción de las mismas, sino a nuestro actor en el caso no tengamos norma alguna sobre la cual basarnos o tengamos dudas al respecto. Legalmente hablando, este principio es tanto brújula como salvavidas y debe ser, a toda costa, lo primero que tomemos en cuenta ante cualquier situación que pueda afectar potencialmente a niños, niñas o adolescentes.

Podemos encontrar su positivización en la Ley N.º 30466 "Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño" y su reglamento aprobado mediante D.S. N.º 002-2018-MIMP, la cual tiene por objeto “establecer parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los derechos de los niños y adolescentes; en el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y su Observación General 14 y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes” (artículo 1). Entre otros, este cuerpo normativo establece elementos para la evaluación de circunstancias concretas de cada niña, niño o adolescente y la protección de sus derechos.

Todo esto se encuentra relacionado con la doctrina de la protección integral que, eventualmente, reemplazó a la doctrina de la situación irregular. Es importante recordar

que todo lo revisado en esta sección está estrechamente vinculado con este cambio ideológico y doctrinal y que, como mencionaré más adelante, influyó una serie de cambios legislativos en el ordenamiento jurídico peruano. Dicho esto, la doctrina de la protección integral requiere que el Estado, en conjunto de la familia y de las comunidades en cuestión, se encarguen de garantizar a niños, niñas y adolescentes el libre disfrute de los derechos contenidos tanto en el derecho interno como en las disposiciones internacionales a las que se haya suscrito el país en cuestión. Esto incluye, a mi parecer, tres escenarios: 1) preventivo, en cuanto la doctrina se encarga de espacios de control informal como la escuela, los vecindarios y otros espacios comunitarios, 2) *in situ*, en donde la protección integral debe de ejecutarse al momento de alguna situación de extrema vulnerabilidad, como es la niñez en conflicto con el sistema de justicia, y, finalmente 3) reparador, en donde la doctrina se aplica con el propósito de garantizar que la niñez dañada pueda ser, de alguna manera, remediada; en el caso de conflictos con el sistema de justicia, esto podría darse en los medios tanto abiertos, semi abiertos y cerrados de resocialización.

Insistí en algún momento que la naturaleza etérea del interés superior del niño podría resultar tan problemática como beneficiosa: quiero mencionar que esto toma mucho más sentido al momento de aplicársele. Haré la breve revisión de un texto del año 1999 en donde se realizan una serie de comentarios al que en su momento fue el Código de los Niños y Adolescentes, así como la Convención y sus normas complementarias. El autor realiza una revisión de tanto la doctrina de la situación irregular como la de la protección integral, concluyendo que “ambas apuntan a un mismo objetivo, la protección integral en base al interés superior del niño” (Chunga, 1999, p. 76). Me parece que, según lo desarrollado hasta este punto, debería quedar claro que esto es incorrecto; ambas doctrinas son totalmente distintas, pero lo que es cierto, es que en su momento la doctrina de la situación irregular funcionaba bajo la creencia que estaba haciendo lo mejor por los niños y adolescentes.

Este tipo de malentendidos que surgen a partir de la figura del interés superior del niño han sido observados por otros autores. Por ejemplo, Miguel Cillero-Bruñol (1998) han mencionado que el interés superior del niño, por su vaguedad como directriz, ha servido para tomar decisiones al margen de los derechos de este grupo y ha resultado en su perjuicio (p.70), mientras que Andrea Charlow (1987) es un poco más explícita en su crítica, indicando que las predicciones sobre el sentido y el alcance legal y científico del interés superior del niño son contrarias a la protección internacional y sujetos a abusos tanto por parte de los jueces como parte de los padres de familia (p.267). En

otras palabras, el camino de este principio y directriz está lleno de buenas intenciones, pero no siempre con los mejores resultados, cosa que veremos más adelante al momento de analizar los resultados de esta investigación.

Sin embargo, cabe precisar que hoy en día, por lo menos en el Perú, el interés superior del niño se ha concretizado no solo mediante la doctrina, sino la propia jurisprudencia. Esto significa que en los últimos años han sido expedidas una serie de sentencias en donde se aterriza respecto al contenido de este principio, tanto por parte del Tribunal Constitucional como Cortes Superiores y Supremas. A continuación, presentaré algunos ejemplos del desarrollo jurisprudencial del principio superior del niño:

CUADRO NRO. 13
DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO
EN EL PERÚ

Fuente	Fecha	Contenido
Casación N°2617-2016-LIMA	23/032017	Dicha normativa debe ser interpretada a la luz de lo establecido por el artículo II del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, que prevé, que el niño es sujeto de derechos y de protección específica, por lo que deben ser plenamente garantizados en la decisión judicial, teniendo en cuenta que en todo proceso el principio del interés superior del niño, no es una simple declaración de intenciones, de carácter abstracto e indeterminado, sino constituye una norma jurídica de reconocimiento universal y de obligatorio cumplimiento, que implica una obligación de la familia, la comunidad, la sociedad y el Estado, para que en toda decisión que se adopte, se logre la máxima satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes o, la menor restricción o afectación de los mismos, más aún si se tiene en cuenta que los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes deben ser tratados como problemas humanos, como así lo establece el artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.
Casación N°816-2018-ICA	01/10/2018	El artículo 4 de nuestra Carta Magna empieza con la consagración del principio de protección de los menores e incapaces, este principio está basado en que el derecho de familia en su rol tuitivo contiene normas que protegen, concreta y específicamente, a determinados miembros de la familia que tienen una primacía en lo referente a su protección. La consagración del principio de protección de los menores está basada en el rol tuitivo de las normas que protegen, concreta y específicamente, a determinados

		<p>miembros de la familia que tienen una primacía en lo referente a su protección [...]. Este principio se encuentra estrechamente relacionado con el principio de los intereses prevalentes que el Código de los Niños y Adolescentes consagra en el denominado interés superior del niño, que no es otra cosa sino la preferencia de los menores cuando sus derechos resulten enfrentados con los de otros sujetos: [...] es así que el principio de favorabilidad estaría solamente enmarcada a situaciones vinculadas a la aplicación de la ley penal (duda o conflicto entre ellas).</p>
<p>STC Exp. N°03744-2007-PHC/TC-LA LIBERTAD</p>	<p>12-11-2008</p>	<p>[...] conforme se desprende de la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4 de la Constitución se establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente [...]", haciendo que la preservación del interés superior del niño y del adolescente sea una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollando tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que "En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos" [...]</p>
<p>STC Exp. N°01665-2014-PHC/TC-ICA</p>	<p>25/05/2015</p>	<p>Al mandato de actuación garantista que contiene el principio del interés superior del niño, se suma su condición de norma sobre la interpretación y aplicación de otras normas. Se trata, en este sentido, de una metanorma o una norma secundaria que contiene directrices sobre el modo cómo debe aplicarse otras disposiciones que alberguen diversos sentidos interpretativos o que entren en colisión entre si. En su formulación básica, pues, suministra al operador del derecho con una técnica de solución de antinomias, tanto en el nivel de las normas como en el nivel de las disposiciones, que se caracteriza por estar orientada a privilegiar el goce y ejercicio de los derechos de los menores. Por esa razón, en este ámbito, el interés superior del niño no es otra cosa que el principio pro infante [...] establece una pauta de cómo interpretar y aplicar una disposición relacionada con el ejercicio de un derecho fundamental, cuando de esta sea posible inferir cuando menos dos significados, de entre las cuales, a su vez, sea posible advertir: (i) Un primer sentido interpretativo con cuya aplicación se permitirá</p>

		que el menor, titular de un derecho fundamental, tenga garantizadas las mejores condiciones para gozar y ejercer su derecho fundamental; y, (i) Un segundo criterio interpretativo, derivado de la misma disposición, que a diferencia del primero, establezca condiciones orientadas a restringir el goce y ejercicio de una posición iusfundamentalmente protegida.
Exp. N°01075-2018-Ica, Resolución N°6	04/05/2023	Así desde un enfoque preventivo y basado en el interés superior del niño, propone la creación de oportunidades, en particular educativas, para atender a las diversas necesidades de los jóvenes, mediante una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que la propicien. Estas directrices son muy importantes, pues enmarcan la remisión dentro de una política de Estado, la cual debe caracterizarse por una intervención progresiva y descriminalizadora Cabe resaltar que la responsabilidad penal del adolescente es diferente a la del adulto, por lo que las medidas aplicables no tienen la misma finalidad, aunque hay semejanzas. En el caso del adolescente, más que el fin represivo o retributivo, que no se encuentra ausente en el derecho penal de adultos, se incide en la finalidad de crear conciencia de la responsabilidad de sus actos. Así, conforme ya se ha indicado en la Convención sobre los Derechos del niño, toda intervención debe estar basada en el respeto a la dignidad del niño, evitándose toda forma de degradación o sometimiento, buscando fortalecer el respeto de sus derechos y libertades, teniendo como objetivo promover su integración. En el caso de los adolescentes infractores, resulta imperativo resaltar el considerable contenido educativo que debe tener la ejecución de las medidas socioeducativas
Casación N° 313-2021-CAJAMARCA	28/06/2022	Se emitirá un pronunciamiento conjunto de todas las infracciones normativas denunciadas dada su relación una con las otras. Antes de entrar al análisis de las denuncias casatorias, esta Suprema Sala considera pertinente efectuar algunas breves notas en relación al tema que aquí nos convoca. La Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, estableció en el artículo 2 que: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Además, el desarrollo jurisprudencial no solo ha ocurrido a nivel nacional, sino también internacional. Como ejemplo están los diversos casos vistos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus respectivas opiniones consultivas, como es el Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México de fecha 16 de noviembre de 2009³⁸, la Opinión Consultiva OC-21/14³⁹, el Caso Atala Ríffo y Niñas vs. Chile de fecha 24 de febrero de 2012⁴⁰, entre otros.

A manera de resumen, pasaré a explicar los puntos centrales del acápite que acabo de culminar. En primer lugar, de la misma manera que no es posible hablar de los adolescentes infractores sin mencionar a la Convención, tampoco es posible avanzar sin hacer énfasis en su principal aporte: el interés superior del niño. ¿Por qué? Este principio va a ser la brújula que guíe el tratamiento de niños, niñas y adolescentes en cualquier ordenamiento jurídico, sobre todo en presencia de conflictos entre estos y la ley. Definir esta figura como simplemente pensar en el bienestar de este grupo es una vaguedad que puede traer como consecuencia, usos inadecuados de la misma y el perjuicio de los sujetos de Derecho. Es por ello que esta investigación ha tomado como base al interés superior del niño como el conjunto de intereses físicos, emociones, intelectuales, de autonomía y todos aquellos que aseguren su correcto y adecuado ingreso a la vida adulta.

³⁸ El interés superior del niño «obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad» prestando «especial atención» a las necesidades y los derechos de estos «cuando pertenecen a un grupo en situación vulnerable» (párrafo 408).

³⁹ (...) las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, entonces, dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos. Téngase presente a este respecto, que la Corte ha señalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y que, por tanto, el artículo 19 «debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial». En tal orden de ideas, la Convención y la Declaración consagran un trato preferente a las niñas o niños en razón precisamente de su peculiar vulnerabilidad y, de esa forma, procuran proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales (decisión de 19 de agosto de 2014, párrafo 66. Opinión Consultiva OC-21/14).

⁴⁰ (...) los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal [...]. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto (párrafo 68).

Ahora bien, lo siguiente es entender el rol que tiene esta figura. Hemos identificado seis roles, a saber: 1) guía para interpretar la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, 2) principio mediador en caso de conflicto, 3) guía para la evaluación de leyes y normas (rol legal), 4) rol político, 5) rol social y, 6) rol cultural. En los tres primeros roles, el principio de interés superior del niño tiene el propósito de brindarle de mayor contenido a la Convención de 1989 en caso de analizar otros derechos que se desprenden este texto, en un contexto de conflicto y, finalmente, en el caso de lagunas. Por otro lado, los siguientes roles tienen una finalidad mucho más abierta, en cuanto requieren la presencia de otros escenarios fuera de la Convención, como son las directrices de Derecho interno, la sociedad, la escuela, los entes privados y la familia. En el caso del ámbito penal juvenil, el interés superior del niño se materializa en la consideración del adolescente como un sujeto de derecho el cual es poseedor de distintas garantías que lo acompañarán desde el momento en el cual participa del trámite judicial. Ya no hablamos, pues, de un objeto de protección, sino de un agente que es titular de derechos que lo protegen de posibles arbitrariedades durante el proceso y que le dan una participación mucho más concreta.

Ahora bien, es relevante brindarle contenido al principio de interés superior del niño en cuanto su utilización poco reflexiva e intuitiva podría acabar en prácticas contraproducentes para el niño, niña o adolescente. Quisiera dejar al lector con la certeza de esta premisa y con la siguiente observación: cualquier principio o directriz que se base, por lo menos preliminarmente, en una valoración como “lo bueno” “lo mejor” “lo superior”, puede traer efectos colaterales negativos al momento de ponerse en práctica. Esto se debe a que, a diferencia de otros grupos, los niños, niñas y adolescentes han pasado por etapas donde eran vistos como objetos de protección y como meros medios para mejorar a la sociedad. Al respecto, hago referencia a los acápites anteriores, en donde vimos las diferencias entre las doctrinas de la situación irregular y protección integral. Algunos escenarios comunes son aquellos en donde operadores de justicia y padres de familia toman decisiones en perjuicio de los niños o adolescentes, pero bajo la creencia que es lo mejor para ellos y usualmente fundamentándolas en el interés superior de este grupo. Aunque no malintencionadas, este tipo de prácticas son consecuencia de la falta de definición de este principio. Como veremos más adelante, la práctica nos indica que este suele ser el caso cuando se trata de adolescentes infractoras.

El siguiente paso sería desarrollar, en específico, qué es lo que nos dice la Convención y, por tanto, el estándar internacional, acerca del papel de los niños, niñas y adolescentes en el sistema de justicia. Si bien el interés superior del niño es un concepto importante, estoy de acuerdo en la observación de otros autores que los contenidos de la Convención han tenido un desarrollo bastante bueno y útil, pero que cuando se trata de niñez, adolescencia y sistema de justicia, parece haber un ligero estancamiento o, incluso, un aura de cierta indiferencia cuando se le compara con otras áreas. En el siguiente acápite hablaré, pues, sobre el niño y el adolescente en el sistema de justicia penal a ojos de la Convención de 1989, dejando algunas observaciones y comentarios al respecto antes de pasar al tratamiento de los niños, niñas y adolescentes en nuestro derecho interno.

4.1.2 La adolescencia en los sistemas de justicia juvenil

A pesar de parecer bastante incendiario, quisiera comenzar esta sección poniendo mi atención en una insatisfacción general que existe alrededor de los sistemas de justicia juvenil, independientemente del país del que estemos hablando. Si bien esto puede deberse a que siempre hay espacio para críticas y, por consecuencia, mejoras, son varios los autores que están de acuerdo en que, de todas las áreas en las que ha habido cambios respecto a la niñez, el sistema de justicia juvenil es uno de los que menos atención recibe. Eso resulta bastante irónico, tomando en cuenta que es un sistema tan delicado y que tiene repercusiones graves, tanto particulares como para la sociedad en conjunto. Es por ello que quisiera comenzar esta sección con una fascinante formulación de Bruce Abramson, quien se atreve a calificar a la justicia juvenil como “el hijo no deseado” de la Convención de los Derechos del Niño de 1989. De sus motivos, hay unos cuantos a los que quedaré especial énfasis, sobre todo en el último, referido al dominio que tienen los infractores varones en cuanto a políticas e investigaciones. Finalmente, haré una breve mención a las prohibiciones de la tortura, pena de muerte, y cadena perpetua. A lo largo de esta sección, citaré a distintos autores que, al igual que Abramson y de concordancia con el espíritu de esta investigación, critican la situación actual del sistema de justicia juvenil y buscan su mejora desde la academia y el trabajo empírico.

Comenzaré con lo controversial. Hay algo bastante potente al mencionar que la justicia juvenil es un “hijo no deseado” de la Convención; la propuesta de Abramson indica que esta rama de los derechos de los niños y adolescentes no solamente recibe poca atención, sino que es, desde su raíz, un tema del cual nadie quiere ocuparse. Esto

puede resultar particularmente incendiario considerando que los cambios y mejoras en el sistema de justicia juvenil en los últimos veinte años son innegables, pudiendo interpretar la premisa como pesimista. Sin embargo, el autor es consciente de la situación e indica, de manera bastante acertada, que la marginalización de la reforma, así como cuatro de sus seis argumentos, son de responsabilidad internas de profesionales, activistas, académicos y demás personajes involucrados con el sistema de justicia juvenil. Esto, por supuesto, lo incluye a él mismo (Abramson, 2006, p. 21-22). Su propuesta es menos una crítica y más un intento de exhortar a profesionales del área a prestar mayor atención a los problemas del área:

CUADRO NRO. 14

LAS SEIS CAUSAS DE LA JUSTICIA JUVENIL COMO EL “HIJO NO DESEADO” SEGÚN ABRAMSON (2006)⁴¹

Número	Rol	Sumilla
01	La justicia juvenil trata sobre el delito	Es difícil crear empatía hacia los adolescentes infractores cuando se toma en cuenta que detrás de sus acciones hay víctimas, consecuencias particulares y generales. La reacción hacia los mismos suele ser bastante fría o inclusive hostil, lo que ralentiza las reformas en cuestiones de justicia juvenil.
02	La justicia juvenil no es un sistema, pero una sobreposición de sistemas	Siempre se habla del sistema de justicia juvenil como un solo sistema; sin embargo, en verdad se trata de la mezcla y aplicación simultánea de principios, técnicas, jerarquías y prácticas provenientes de distintas ramas y sistemas. Esta simplificación también resulta un problema para la reforma de justicia.
03	La retórica de “el niño”	El movimiento por el reconocimiento de los derechos humanos de los niños suele asociar a este grupo con conceptos como la candidez, ternura e inocencia, lo cual ha ocasionado que se invisibilice al grupo más importante de los sistemas juveniles de justicia: los y las adolescentes.
04	Dependencia excesiva del enfoque negativo	La investigación y la doctrina en este tema suele enfocarse en los aspectos negativos del sistema, como suelen ser los casos de abuso y maltrato dentro de las instituciones estatales. Empero, el autor indica

⁴¹ Ver (Abramson 2006: 21-32)

		que para alcanzar el óptimo de los derechos humanos en el caso de los niños, niñas y adolescentes, es necesario tomar enfoques <i>positivos</i> que tengan una orientación moral, legal y pragmática.
05	El enfoque del salami	Una de las fortalezas de la Convención de 1989 es la orientación holística, la cual suele referirse a la búsqueda de un papel prioritario de los derechos civiles y políticos por encima de los económicos, sociales y culturales. Pero cuando habla del enfoque del salami, se refiere a que se suele cortar a la convención en pedazos (rodajas, para fin de la alegoría) de derechos en vez de observar al adolescente, especialmente al infractor, como un ser humano completo con una amplia gama de necesidades y derechos.
06	Los niños varones	Otro motivo por el cual la reforma se ha visto debilitada es porque hay una muy baja representación de las niñas y adolescentes infractoras en términos generales y una sobrerrepresentación de los varones en algunos aspectos.

Fuente: Elaboración propia

Soy de la opinión que Abramson deja sus puntos bastante claros a lo largo de su texto y da un cierre bastante satisfactorio, dejando un par de pasos para poder mejorar la problemática que describe. No obstante, yo quisiera hacer un breve comentario en algunos de sus puntos, mientras describimos las nociones generales que nos brinda la Convención acerca del sistema de justicia juvenil: una es respecto a la retórica del niño y la otra es acerca de la sobrerrepresentación de determinados sexos. Respecto a la primera, quiero decir que estoy totalmente de acuerdo con cómo el adolescente suele estar invisibilizado de una u otra manera, reemplazado con la figura del niño y la niña. Considero que esto debe a que, a diferencia de la niñez, la adolescencia es un periodo del crecimiento humano en donde se crea una suerte de abismo entre el adulto y el no-adulto que solo se hace más grande con el paso de los años. Para la psicología del desarrollo, la adolescencia es un período de formación de identidad en donde uno se separa de los cuidadores que son, en la mayoría de casos, adultos; formamos nuestra identidad, nos separamos del resto, asumimos roles y un compás moral que continuarán pasando por cambios (Hazen et al., 2008, p. 163). Qué difícil resulta, pues, que el adulto en una situación de poder, pueda entender que el sujeto en una posición de vulnerabilidad (el adolescente) es capaz de cuestionarle e inclusive contradecirle.

Brevemente, quiero utilizar la evidencia para sustentar esta observación. El artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño indica que los niños tendrán derecho a ser escuchados, así como a que se le garantice una correcta participación en el sistema de justicia⁴², y al respecto ha habido distintas instituciones, además de los Estados mismos, encargadas de estudiar hasta qué punto ha sido posible su implementación. Algunas son la Fundamental Rights Agency (FRA) y la Child Rights International Network (CRIN). Según sus resultados, se encontró que 55 estados consagran el derecho de los niños a ser escuchados en todos los asuntos que les conciernen, aunque, en la práctica, esto podría no aplicarse a los procedimientos judiciales, 84 estados garantizan el derecho a ser escuchados en ciertos tipos de procedimientos legales y 58 estados que no tienen disposición de este derecho (Daly y Rap, 2019, p. 301). Ambas autoras realizan un breve recuento de algunos casos de cómo la justicia juvenil trae algunas controversias respecto a procedimientos, colocando preguntas como las siguientes: el o la adolescente ¿debería sentarse al lado de sus padres durante las audiencias? ¿ser capaz de interferir tras cualquier tipo de intervención durante un juicio? ¿tener contacto constante con los jueces? ¿tener defensa que sea únicamente especializada en el tema de justicia juvenil? Y así, muchas más. Un problema relacionado a esto también es el papel de los padres y/o cuidadores. Como mencioné línea arriba, resulta mucho más sencillo tomar decisiones cuando el sujeto en cuestión se trata de una persona que ya está en la condición de diferir respecto a cuál es la mejor ruta a tomar. El Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas hace un comentario respecto a esto en la Observación General N°24:

55. El Comité recomienda a los Estados partes que fijen y respeten plazos con respecto al tiempo que puede transcurrir entre la comisión de un delito y la conclusión de la investigación policial, la decisión del fiscal (u otro órgano competente) de presentar cargos y la decisión definitiva del tribunal u otro órgano judicial. Esos plazos deberían ser mucho más cortos que los establecidos para los adultos, pero deben permitir que se respeten plenamente las garantías jurídicas. Deben aplicarse plazos igualmente breves para las medidas extrajudiciales.

⁴² 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

56. Los padres o los tutores legales deben estar presentes durante todo el proceso. No obstante, el juez o la autoridad competente podrá decidir limitar, restringir o excluir su presencia en el proceso, a petición del niño o de su asistente jurídico u otro asistente apropiado, o porque ello no responda al interés superior del niño.

57. El Comité recomienda a los Estados partes que promulguen legislación explícita para que los padres o los tutores legales tengan la máxima participación posible en las actuaciones, ya que pueden prestar asistencia psicológica y emocional general al niño y contribuir a que se obtengan resultados eficaces. Asimismo, reconoce que muchos niños viven de manera informal con parientes que no son ni padres ni tutores legales, y las leyes deberían adaptarse para permitir que los auténticos cuidadores ayuden a los niños en los procedimientos, si los padres no están disponibles.)

Al respecto y a pesar de la observación acerca de la defensa del niño, en el párrafo número 57, el Comité recomienda que los padres del adolescente tengan la máxima participación posible en todos los procedimientos que se lleven a cabo contra sus hijos o hijas. Ahora, encuentro dicha recomendación algo mucho más sencillo de realizar en el caso de un niño o niña que en el caso de sujetos que se encuentren en plena adolescencia; efectivamente, estaríamos partiendo de la premisa que todos los adolescentes en conflicto con la ley penal provienen de familias lo suficientemente estables y funcionales como para que la presencia y participación de los padres de familia no represente un perjuicio, sino, muy por el contrario, una ventaja. Tomando en cuenta todo lo que he mencionado hasta el momento y lo que se sabe acerca del perfil promedio del infractor adolescente no considero que esta recomendación tenga prioridad por encima de otros factores y contextos.

Esto último tiene que ver mucho con la capacidad de los padres de familia y representantes legales de entender qué es el bien superior y el mejor interés del adolescente en cuestión. Como se dijo en el acápite anterior, este es un concepto etéreo y que podría, como se dice coloquialmente, atrincherarse a cualquier lado del espectro. En los sistemas ingleses y norteamericanos, por ejemplo, estudios han evidenciado alarmantes porcentajes de abogados y guardianes que toman decisiones basados en los que *ellos creen* es el mejor interés del niño o adolescente infractor (Daly y Rap, 2019, p. 312). En conclusión, antes de aventurarnos a requerir la presencia de algún tutor y dar por sentado que las opiniones de un representante o cuidador equivalen a los del niño o adolescente, es indispensable que se compruebe la relación entre ambas o más partes.

Mi siguiente observación tiene que ver con la sexta causa de Abramson: la sobrerrepresentación masculina en el sistema de justicia juvenil. De forma bastante intuitiva podemos decir que cuando pensamos en este tema, las primeras imágenes que vienen a la mente son de varones adolescentes entre trece y dieciséis años; la verdad es que, en cuanto a este grupo en situación de vulnerabilidad, hay una diversidad en materia de sexo y género que se suele pasar por alto, inclusive por la misma Convención. Abramson encuentra un ejemplo de lenguaje excluyente cuando nota que a lo largo del texto aparece la expresión “*particularly girls*”⁴³ pero casi nunca en el caso de los varones, lo cual puede resultar en que, o la situación de estos últimos sea ignorada, o que los estos sean relegados a un papel secundario como titulares de derechos en la Convención (2006, p. 28). En el contexto peruano, sin embargo, y tal como se mencionó en la parte introductoria de esta investigación, las adolescentes infractoras reciben poca o casi nula atención por parte de la academia. Hay trabajos bastante interesantes acerca de la presencia o, más bien, ausencia de las adolescentes infractoras en cuanto a trabajos de investigación de larga escala y de todos los factores y problemas que normalmente son ignorados por el sistema. Más adelante, cuando haga una breve mención al estado de la cuestión de las investigaciones sobre los adolescentes infractores en el Perú, veremos que los estudios orientados hacia las niñas y jóvenes brillan por su ausencia. Todo esto será analizado en el siguiente capítulo cuando explore los resultados del trabajo de campo de esta investigación.

Esto me lleva a otra observación: las premisas de Abramson y, en general, las discusiones acerca de sexualidad y género en el sistema de justicia juvenil utiliza un lenguaje binario. Nos encontramos haciendo una división entre hombres y mujeres, muchas veces, heterosexualidad y homosexualidad, lo cual nos lleva a obviar a toda la diversidad que existe en el espectro LGBTIQ+. Se verá más adelante que la situación de los centros juveniles de diagnóstico y rehabilitación no es ajena a esta realidad. Es importante que en estos temas abandonemos la visión binaria, pues solamente nos lleva a tener un discurso que invisibiliza todo aquello que existe fuera de la dicotomía femenino-masculino. Un fascinante trabajo de Lisa Pasko (2010) hace énfasis en que diversos estudios, como los de Mary Curtin, Katayoon Majd y otros, se demuestra que las adolescentes en conflicto con la ley pasan constantemente por situaciones de indiferencia u homofobia a nivel institucional durante sus periodos de internamiento (p. 113); otros trabajos más recientes, como el de Holsinger y Hodge (2016) acerca de

⁴³ Expresión que puede traducirse como “Particularmente las chicas” o “Especialmente las chicas”. El término chicas puede intercambiarse por niñas.

adolescentes LGBTIQ+ en el sistema juvenil, concluyen que la identidad sexual del sujeto en cuestión es un factor determinante en el tipo de experiencia desarrollada dentro de los centros de privación de libertad (p. 41-42). Hay, entonces, muchas oportunidades de estudiar el impacto que tienen los sistemas de justicia juvenil en los y las adolescentes de distintos géneros, identidades y orientaciones sexuales, pero es necesario, sobre todo a nivel de Latinoamérica, aumentar el interés de la academia por el tema.

4.1.3 Otros instrumentos internacionales

Además de la Convención sobre los Derechos del Niño 1989, existen otros instrumentos internacionales que sirven como estándares que deben seguir los diversos programas y modelos de tratamiento de menores. Lo positivo de estos textos, entre los que se encuentran tanto reglas como observaciones del Comité de Derechos del Niño, es que hay disposiciones específicas para el caso de los y las adolescentes infractoras. Estas cumplen la función de explayar las formas de protección de determinados derechos establecidos por la Convención, como son la integridad y la libertad de religión. No obstante, voy a concentrarme en aquellas disposiciones que se relacionan a las condiciones y tratamiento de los adolescentes privados de libertad.

El primer bloque de instrumentos relevantes para esta investigación son los siguientes: 1) Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, “Reglas de Beijing” (1985), 2) Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (1990), “Directrices de Riad” 3) Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los privados de libertad publicada “Reglas de La Habana” (1990), y, 4) Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, “Reglas de Bangkok” (2010). Por otro lado, están una serie de observaciones del Comité de Derechos del Niño, dentro de las cuales he optado por concentrarme en la más reciente: “Observación general núm. 24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil” del año 2019, en donde se sustituye la observación general núm. 10 del año 2007 debido a los diversos cambios en la legislación internacional respecto a los y las adolescentes infractoras.

Las “Reglas de Beijing” se presentan como “treinta orientaciones y comentarios, de carácter básico y genérico, con los que se pretende promover el bienestar de los menores, mediante unas políticas sociales constructivas que los Estados miembros

deben desarrollar para ayudar a prevenir la delincuencia juvenil” (Pérez, 2014, p. 5). Además de disposiciones de orden procedimental y preventivo, la quinta parte del texto se concentra en el tratamiento de los y las adolescentes en establecimientos penitenciarios. Rescato que la regla 26.4 hace una diferenciación entre el adolescente y la adolescente infractora, indicando que esta necesita una atención especial debido a su condición:

CUADRO NRO. 15
“REGLAS DE BEIJING” REFERENTES A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD
DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

Número	Rol
26.1	La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.
26.2	Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria -- social, educacional, profesional, psicológica, médica y física -- que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano.
26.3	Los menores confinados en establecimientos penitenciarios se mantendrán separados de los adultos y estarán detenidos en un establecimiento separado o en una parte separada de un establecimiento en el que también estén encarcelados adultos.
26.4	La delincuente joven confinada en un establecimiento merece especial atención en lo que atañe a sus necesidades y problemas personales. En ningún caso recibirá menos cuidados, protección, asistencia, tratamiento y capacitación que el delincuente joven. Se garantizará su tratamiento equitativo.
26.5	En el interés y bienestar del menor confinado en un establecimiento penitenciario, tendrán derecho de acceso los padres o tutores.
26.6	Se fomentará la cooperación entre los ministerios y los departamentos para dar formación académica o, según proceda, profesional adecuada al menor que se encuentre confinado en un establecimiento penitenciario a fin de garantizar que al salir no se encuentre en desventaja en el plano de la educación.

Fuente: Elaboración propia

Ahora bien, en el caso de las Directrices de Riad, el propósito del texto se orienta hacia la prevención de la delincuencia juvenil, por lo cual las disposiciones se concentran en espacios de control informal, como son como los procesos de socialización, la educación, familia y comunidad. Las Directrices se concentran en la justicia de niños y

adolescentes en concreto en los fundamentos 52 a 59; rescato la prohibición de cualquier tipo de maltrato mediante medidas de corrección o castigos severos (54), así como la posibilidad de crear un órgano que se encargue de supervisar las diversas instituciones encargadas de los niños y adolescentes privados de libertad, acción que culminaría en la creación de un informe. Como mencionaré en el siguiente acápite, existen varios textos que buscaron analizar las condiciones de los centros de privación de libertad de este grupo, como son aquellos realizados por la Defensoría del Pueblo, sin embargo, solo hasta hace muy poco se consiguieron informes (realizados por el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura) que realmente dieran a las adolescentes infractoras y a sus conflictos la atención que ameritan.

Por otro lado, las “Reglas de La Habana” el tuvieron como objetivo el colocar estándares mínimos 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 y fomentar la integración en la sociedad” (Pérez, 2014, p. 12). Las reglas están divididas en cinco secciones: 1) perspectivas fundamentales, 2) alcance y aplicación de las reglas, 3) menores detenidos o en prisión preventiva, 4) la administración de los centros de menores y 5) el personal. De la misma manera que las “Reglas de Beijing”, estas dedican una considerable porción de sus disposiciones en las condiciones que deben de tener los centros de detención de niños y adolescentes, pero se desplazan respecto a los procedimientos administrativos (antecedentes, ingreso, registro, desplazamiento y traslado, clasificación y asignación, notificación de enfermedad, accidente y defunción, inspección y reclamaciones, procedimientos disciplinarios), condiciones materiales (medio físico y alojamiento) y condiciones inmateriales (educación, formación profesional y trabajo, actividades recreativas, práctica de la religión, atención médica, contactos con la comunidad en general, limitaciones de la coerción física y del uso de la fuerza, reintegración en la comunidad y personal). Algo transversal en todos estos instrumentos es la prohibición de la tortura y de los malos tratos, lo cual se justifica no solo en cuanto estamos tratando de un grupo privado de libertad, sino en la vulnerabilidad propia de las personas no adultas. Por último, tenemos a las “Reglas Bangkok”, reglas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes. Si bien la mayor parte de estas disposiciones están enfocadas en mujeres adultas, hay diversos artículos de la misma que hacen énfasis en las niñas y adolescentes, como son las reglas 36 a 39 y la regla 65:

CUADRO NRO. 16

**“REGLAS DE BANGKOK” REFERENTES A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD
DE NIÑAS Y ADOLESCENTES**

Número	Rol
36	Las autoridades penitenciarias adoptarán medidas para satisfacer las necesidades de protección de las reclusas menores de edad
37	Las reclusas menores de edad tendrán el mismo acceso a la educación y la formación profesional que los reclusos menores de edad
38	Las reclusas menores de edad tendrán acceso a programas y servicios correspondientes a su edad y su género, como los de orientación sobre los problemas de abuso o violencia sexual. Recibirán educación sobre la atención de salud para la mujer y tendrán el mismo acceso permanente a servicios de ginecología que las reclusas adultas.
39	Las reclusas menores de edad embarazadas recibirán apoyo y atención médica equivalente a la que se presta a las reclusas adultas. Su estado de salud estará sujeto a la vigilancia de un especialista médico, teniendo en cuenta que por su edad pueden hallarse en mayor riesgo de complicaciones durante el embarazo.
65	Se evitará en la medida de lo posible recluir en instituciones a los niños en conflicto con la ley. Al adoptar decisiones se tendrá presente la vulnerabilidad de las delincuentes juveniles debida a su género.

Fuente: Elaboración propia

Respecto a estas, rescato la regla 38, la cual hace énfasis en el proporcionar programas coherentes con la edad y el género, así como temas de violencia sexual. Si bien esto último es un fenómeno que puede afectar a cualquier colectivo, independientemente de su edad, género y condición social, es cierto que, en las niñas y adolescentes infractoras, el estudio de este tipo de incidentes resulta significativo. Un interesante estudio de Wisdom y Osborn (2021) habla de los “ciclos de violencia” por los que pasa este grupo y concluye, entre otros puntos, que “una forma de avanzar en el campo y de responder a las preguntas sobre el papel de la victimización infantil en el desarrollo de la conducta delictiva y violenta era a través de estudios longitudinales prospectivos siguen a niños abusados y abandonados hasta la edad adulta” (p. 3). De igual manera, se visibiliza a un grupo aún más olvidado por la literatura y los instrumentos legales, como son las madres adolescentes, tanto durante como después del embarazo.

Por último, es importante mencionar la más reciente observación del Comité de Derechos del Niño del año 2019 y la cual versa sobre distintas disposiciones respecto a los derechos de los niños en el sistema de justicia juvenil. Existen cinco objetivos y

alcances principales detrás de esta disposición, de las cuales quisiera resaltar la promoción de estrategias para reducir los efectos negativos causados por el contacto entre los niños y adolescentes con el sistema judicial, el cual es, como he mencionado hasta el momento, no deseado ni recomendado. El texto propone elementos fundamentales de una política integral de justicia juvenil en dos bloques, el primero orientado hacia aquellos niños bajo la edad mínima de responsabilidad penal y, el segundo, hacia los que se encuentran dentro del rango. Para fines de esta investigación, nos interesa el segundo bloque, el cual, a su vez, propone medidas para aquellos casos que pueden tratarse con medidas alternativas fuera del sistema judicial, y, por otro lado, aquellas medidas que en el contexto de procesos judiciales.

Hay diversos puntos respecto a este instrumento que valen la pena mencionar. Uno de ellos es que el mismo abraza al modelo de justicia restaurativa desde un principio, catalogándolo como una práctica eficaz y, por tanto, algo cuya implementación se desea y prefiere por encima de otros métodos que podrían involucrar la privación de libertad o la participación del niño u adolescente en el sistema de justicia. En segundo lugar, hay una información bastante acertada (fundamento 28) en donde se hace hincapié en evitar que aquellos y aquellas que sufran de retrasos en el desarrollo, trastorno o discapacidad de desarrollo neurológico se mantengan alejados del sistema de justicia juvenil y, de lo contrario, sean evaluados de forma individual. También se mencionan los casos de autismo, trastorno del complejo alcohólico fetal y lesiones cerebrales adquiridas. Todo esto representa un cambio bastante importante ya que el antecesor de la Observación N°24, la Observación General N°10 del año 2007, no mencionaba ninguno de estos casos. Por último, y también a diferencia de esta última disposición, el texto del año 2019 menciona, en su fundamento 40:

40. Se necesitan salvaguardias contra la discriminación desde el primer contacto con el sistema de justicia penal y durante todo el juicio, y la discriminación contra cualquier grupo de niños requiere una reparación activa. En particular, debe prestarse a las **niñas** y a todos los niños que sufren discriminación por motivos de orientación **sexual o identidad de género una atención que tenga en cuenta las cuestiones de género**. Se deben hacer ajustes para los niños con discapacidad, lo que puede incluir facilitar el acceso físico a los tribunales y otros edificios, apoyar a los niños con discapacidades psicosociales, prestar asistencia para la comunicación y la lectura de documentos e introducir ajustes de procedimiento para prestar testimonio.

Esto también es un cambio positivo respecto a la observación anterior, pues esta no hacía énfasis en las niñas y adolescentes, ni mucho menos en el deber que tienen

los Estados de proteger las necesidades específicas, consecuencia de su género, durante su permanencia en el sistema de justicia juvenil. Puedo hacer el mismo comentario respecto a lo que el fundamento 40 llama orientación sexual, identidad de género y cuestiones de género, ya que el texto del año 2007 no hacía mención alguna a este término, lo cual dejaba en desprotección a un grupo pequeño pero importante de adolescentes infractores e infractoras que podrían identificarse con algún grupo de la comunidad LGBTIQ+.

La relevancia de haber revisado la Convención sobre los Derechos del niño de 1989, se encuentra en que esta, junto con otros instrumentos internacionales que mencionaré en el siguiente acápite, conforman los estándares y mínimos que deben de seguir las disposiciones de derecho interno. La Convención de 1989 se presenta como el producto del diálogo entre diversos grupos interesados en la comunidad de los niños, niñas y adolescentes y que, sin embargo, cuenta con sus propias controversias. Como mencioné, uno de los debates más resaltantes es el de la capacidad que tiene este grupo minoritario al momento de tomar decisiones y, en segundo lugar, el que haya un mayor enfoque en los derechos de protección y provisión, dejando de lado aquellos de participación. Tenemos, por otro lado, la falta de énfasis en la figura del adolescente y la poca o nula mención en aquellos y aquellas que forman parte de la comunidad LGBTIQ+. Todos estos problemas señalan hacia la misma dirección, y es que inclusive en el texto más importante para este grupo minoritario, aún quedan pequeños rezagos de una visión paternalista y perfeccionista de aquellas personas no adultas. Esta es una observación que cobrará mucho más sentido cuando se vean cómo la única institución para adolescente infractoras incumple con los estándares impuestos por los instrumentos internacionales.

Afortunadamente, los otros instrumentos internacionales consiguen brindar información mucho más específica respecto a algunas problemáticas de las adolescentes infractoras, como son su condición de mujeres y/o de pertenencia a otros grupos vulnerables en el Perú, como es el caso de las personas con discapacidad o miembros de la comunidad LGBTIQ+. A pesar de este importante y reciente avance, considero que sería positivo que exista una o más observaciones del Comité de Derechos del Niño acerca de la conjunción de condiciones de vulnerabilidad en el caso de los niños, niñas y adolescentes en el sistema de justicia juvenil. Es decir, aquellos casos en donde coexisten una serie de factores que hacen que el sujeto en cuestión se encuentre en una situación particularmente desfavorable, ya que el grupo al cual pertenece ha sufrido una serie de desventajas a nivel estructural. Esto también se

conoce por interseccionalidad, término acuñado por las ciencias sociales que se refiere a la interacción de diversas categorías sociales como género, orientación sexual, etnia, raza, condición socioeconómica, edad, discapacidad, entre otras. Este concepto permite comprender cómo múltiples desigualdades y discriminaciones se entrecruzan en nuestra sociedad. Con estas conclusiones y una vez entendido el marco internacional, pasaremos a ver las disposiciones que presenta el ordenamiento jurídico peruano.

5. Instrumentos nacionales referentes al niño, niña y adolescente infractor

En el caso del Perú, podemos dividir la historia de los niños y adolescentes infractores en dos grandes etapas, la primera referida a la legislación bajo la doctrina de la situación irregular y, la segunda, bajo la doctrina de la protección integral. Tras la revisión de algunas fuentes históricas, se puede apreciar que la legislación en cuestiones criminales y, en particular, la situación de los adolescentes infractores, comenzaron a desarrollarse a partir de la Constitución de 1823. De acuerdo con el contexto político y social del momento, la responsabilidad penal se reconoce en el Código Penal de 1863, cuerpo normativo que tuvo como antecedente al Código Penal Español, eximiendo de responsabilidad a los menores de nueve y los mayores de nueve y menores de quince, a no ser que se pruebe que este obró con discernimiento (artículo 8). Por otro lado, el Código Penal de 1924 introdujo una serie de novedades.

Para la elaboración de este cuerpo normativo, aprobado en buena parte gracias a los aportes del diplomático peruano Víctor Manuel Maúrtua, “se rompió la tradición jurídica de buscar modelos en España y Francia (...), [se] introdujo además un régimen especial para menores, la condena y la liberación condicional, las medidas de seguridad como sustitutorias de penas, y abolió, como ya hemos señalado, la pena capital” (García Belaunde, 1996, p. 6). Es así que, con la promulgación del Código Penal de 1924, se continuó perpetuando la doctrina de la situación irregular que ya había tomado el cuerpo normativo mencionado líneas arriba. Esto es, en primer lugar, haciendo la distinción entre menores en situación de abandono, pervertidos sociales y jóvenes en peligro moral; en ese sentido, “el menor en situación irregular era tratado como una persona enferma con una patología moral, se lo consideraba como un peligro para sí mismo y para la sociedad en su conjunto, y para referirse a él se empleaba un lenguaje abstracto e indeterminado desde un punto de vista jurídico” (Valencia, 2015, p. 72). Algunos ejemplos de esto último se encuentran en el artículo 137 del mencionado cuerpo normativo, en donde se hace referencia al “carácter moral de la familia” y las

“providencias convenientes para asegurar su porvenir honesto”, conceptos cuya definición es casi imposible sin basarnos en los valores de la sociedad de aquel momento, lo cual, de por sí, ya abre un debate subjetivo e incierto.

De igual manera, podemos decir que el “sistema penal de menores” en el Perú siguió en buena parte las tendencias del positivismo criminológico. Como menciona la profesora Barletta (2012), surgieron dos respuestas hacia la pregunta del origen de la criminalidad: aquellas basadas en las “taras hereditarias”, o predisposición del sujeto hacia la criminalidad y, por otro lado, en el entorno familiar del niño. Esta noción positivista de la criminalidad del adolescente in fractor resultaba tan etérea que inclusive podía verse en materia procesal. Bajo la legislación de 1924, el operador judicial podía decidir una medida de prevención basada en la *peligrosidad* y la *situación moral* del mismo, lo cual, evidentemente, abría una puerta hacia la arbitrariedad (Valencia, 2015, p. 74). De igual manera, esto podía verse incluso en los requisitos para ser un “juez de menores”. En aquel momento, un magistrado de este tipo debía “ser casado, padre de familia y tener una conducta irreprochable” (2015, p. 75). Es importante mencionar que pese a los cambios positivos que pudo traer a diferencia de la legislación predecesora, el Código de 1924 estaba cargado del mismo espíritu que inspiró al movimiento salvador de los niños que fue descrito en páginas anteriores, colocando al niño y al adolescente casi en una posición de incapacidad.

El primer Código de Menores en el Perú fue promulgado el 02 de mayo de 1962. En palabras de Bonilla (2009), “[fue] catalogado como uno de los mejores códigos de menores en América Latina, sin embargo, no llegó a implementarse debido a las muchas normas que se incluyeron y jamás pudieron ser aplicadas. Así como las doctrinas que lo sustentaban cuyo contenido podía ser hermoso, en la práctica, muchas veces, eran simples declaraciones líricas” (p. 24). Más adelante veremos cómo esto último parece ser una tendencia respecto a la legislación penal juvenil o, en general, cualquier manifestación jurídica acerca del adolescente infractor. Es decir, el uso de un lenguaje abstracto que legitimaba una serie de abusos y arbitrariedades por parte del sistema y que se manifestaban a través de los operadores judiciales. Como menciona Valencia (2015):

El Código consideraba el *peligro y el abandono morales* del menor de edad como causales de protección tutelar por las que el juez podía dictar las medidas de prevención que considerase, entre las cuales se incluía la reclusión en un centro juvenil. Antes de investigar la infracción, el juez realizaba un examen de la personalidad del menor y de

las causas de determinarían su comportamiento o potencial comportamiento irregular. De esta manera se encubría arbitrariedad dentro de las normas tutelares de menores, el juez se convertía en figura central de este sistema y se dejaban en un segundo plano las normas y garantías propias del sistema penal. (p. 77)

El estar casado y tener hijos continuaba siendo un requisito para aquel momento, tal como establecía el Código Penal de 1924. Esta decisión, aunque coherente con el tiempo en el cual fue tomada, resulta bastante interesante cuando es vista en retrospectiva, ya que demuestra cuál era el papel del juez en aquel entonces y qué se esperaba del mismo. Quisiera aprovechar estas disposiciones para realizar una observación respecto a la naturaleza del magistrado cuyo trabajo gira alrededor del tratamiento de los niños y niñas en el sistema de justicia.

Un fascinante trabajo acerca de los jueces de familia en Argentina realizado en 1998 exploró la noción del juez como buen padre de familia y cómo el propio sistema jurídico tiene ciertas expectativas del mismo que operan de manera distinta a la de un juez, por ejemplo, penal o civil. Carla Villalta (1998) deja en evidencia lo que considero que es la doble naturaleza del juez de familia o, para esta investigación en particular, el juez a cargo de los casos de adolescentes infractores:

Como señalé anteriormente, al interior de la agencia judicial el fuero de menores es considerado un “fuero menor”, una de las razones de esto se relaciona con las causas que atiende consideradas “causas menores” en virtud de sus autores y de los perjuicios patrimoniales que representan. No manejan causas de “importancia” como las que tienen otros fueros (...) El status de un juez de menores dista bastante del que poseen otros magistrados. Sin embargo, a las denunciadas intenciones de “escapar” del fuero ellos opondrán un discurso legitimante de su lugar que hará hincapié en la importancia que éste merece. Los jueces de menores recordarán constantemente la importancia de trabajar con los niños y jóvenes, con el “futuro de la sociedad”. Persuadir, reinsertar, rehabilitar a estos niños y adolescentes es la tarea que ellos toman a su cargo en el caso de menores imputados de algún delito. (p. 660)

Aunque de ninguna manera es una regla ni mucho menos un factor taxativo, se asume que los adolescentes infractores suelen provenir de entornos familiares conflictivos y, en muchos casos, donde ambos o alguno de los padres se encuentran ausentes. Esto llama poderosamente la atención cuando se toma en cuenta que la legislación del siglo XX exige al “juez de menores” cumplir con una serie de características que parecieran buscar que este reemplace a una ausente figura paterna.

Si bien estas tendencias respecto al Derecho de niños, niñas y adolescentes no son exclusivas ni originarias de América Latina, tal como he mencionado en acápite anteriores, soy de la opinión que el factor cultural ha sido de gran influencia para que hayan sobrevivido tanto tiempo en nuestro contexto. Emilio García Méndez (2001) realiza una excelente síntesis de las características de lo que él llama “las legislaciones minoristas” antes de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, instrumento internacional al cual aludiré más adelante:

CUADRO NRO. 17
CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LAS LEGISLACIONES EN DERECHO PENAL
JUVENIL ANTERIORES A LA CONVENCIÓN DE 1989

Rasgo	Sumilla
Errónea concepción de la infancia	Estas leyes presuponen la existencia de una profunda división al interior de la categoría infancia: niños adolescentes y menores (entendiéndose por estos últimos el universo de los excluidos de la escuela, la familia, la salud, etc.). En consecuencia, estas leyes que son exclusivamente de y para los menores tienden objetivamente a consolidar las divisiones aludidas dentro del universo infancia. Estas legislaciones, entonces, parecen orientarse a la protección de la infancia, pero no del infante
Alta discrecionalidad del juez	Centralización del poder de decisión en la figura del juez de menores con competencia omnímoda y discrecional.
Judicialización	Judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo, con la clara tendencia a patologizar situaciones de origen estructural.
Impunidad	Impunidad (con base en una arbitrariedad normativamente reconocida) para el tratamiento de los conflictos de naturaleza penal. Esta impunidad se traduce en la posibilidad de declarar jurídicamente irrelevante los delitos graves cometidos por adolescentes pertenecientes a los sectores sociales medio y alto.
Criminalización	Criminalización de la pobreza, disponiendo internaciones que constituyen verdaderas privaciones de libertad, por motivos vinculados a la mera falta o carencia de recursos materiales.

Fuente: Elaboración propia⁴⁴

⁴⁴ Este cuadro fue realizado con la información proporcionada por Emilio García Méndez (2001: 4) en un texto que forma parte de una antología sobre Derechos de la niñez y adolescencia de la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia. Ver: (González y Vargas 2001:)

En efecto, el Perú forma parte de esta lista. Una crítica bastante usual hacia las legislaciones latinoamericanas ha sido aquella que sostiene que el Derecho y la ley parecen estar a disposición de una moral conservadora. Mencioné algo que el mismo García Méndez (2001) llamó *conservatismo jurídico-corporativo*, y el cual el autor utiliza para bautizar el uso de una verbosa retórica que tiene poca o nula relevancia en la práctica. “Un enfoque como este, remite a la ideología del juez que debe actuar como un buen padre de familia, permitiéndose ignorar las reglas y técnicas de funcionamiento del derecho” (p. 6). Resulta bastante intuitivo hacer mención a la estrecha relación que existe entre Derecho y moral social en América Latina, pero lo cierto es que la tradición paternalista, la cual se sirve del sistema jurídico, es consecuencia de un profundo proceso histórico, sociológico y político.

Entre diversos autores, Andrés Benavente hace un excelente recorrido acerca del “peso de la tradición paternalista”, en donde realiza una atinada conexión entre la perpetuación del paternalismo y los sistemas autoritarios en América Latina, algo que curiosamente también ha sido resaltado por García Méndez. Un primer punto que quisiera mencionar es que existe la creencia que con el paso del tiempo y la llegada de “nuevos tiempos”, tendencias como el paternalismo ya deberían encontrarse extintas al día de hoy. Sin embargo, este esperanzador discurso peca de ser o demasiado optimista o de subestimar la importancia de nuestra historia. En ese sentido:

(...) las pautas paternalistas se adecúan a los nuevos parámetros sociales y se canalizarán en un nuevo fenómeno político para nuestro continente: el populismo. Serán los líderes populistas los que sucedan a las figuras de Rosas, García Moreno, Porfirio Díaz, Vicente Gómez. No tendremos a figuras patriarcales que agotan su perspectiva de poder en sus personales percepciones de futuro, pero llegarán nuevas figuras que, con discursos y propuestas modernizadoras, concederán una aparente interlocución a la masa y sus demandas, pero terminarán ofreciéndose -y siendo asumidos por aquélla- como los orientadores paternos de sus impulsos y aspiraciones. (Benavente, 1999, p. 134)

Y si bien el texto de Benavente tiene una relativa antigüedad, considero que está estrechamente vinculado con un concepto bastante simpático que García Méndez bautiza como el “masoquismo institucional”. Este puede resumirse en la creencia que, aunque puedan crearse excelentes y modernas leyes inspiradas por investigación empírica, estas parecieran ser “demasiado buenas” para nosotros. De esta forma, la legislación en materia de adolescentes infractores es un perfecto ejemplo de una brecha

entre Derecho y realidad. En el caso del Perú, podemos notar cómo esto siguió hasta la aparición del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes (2000) en donde se incorporó, finalmente, la doctrina de la protección integral. Adoptando así el espíritu de la Convención de los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales, este texto presentó las siguientes innovaciones:

CUADRO NRO. 18

NOVEDADES TRAÍDAS POR LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Innovación	Artículo	Contenido
Equipo Multidisciplinario	149 y 150	<p>149. El Equipo Multidisciplinario estará conformado por médicos, psicólogos y asistentes sociales. Cada Corte Superior de Justicia designará a los profesionales de cada área, los que ejercerán sus funciones en forma obligatoria en cada Juzgado que ejerza competencia en niños y adolescentes.</p> <p>150. - Son atribuciones del Equipo Multidisciplinario: a) Emitir los informes solicitados por el Juez o el Fiscal; b) Hacer el seguimiento de las medidas y emitir dictamen técnico, para efectos de la evaluación correspondiente, así como las recomendaciones para la toma de las medidas pertinentes; y, c) Las demás que señale el presente Código.</p>
Especialización de la policía	151 y 155	<p>151. La Policía especializada es la encargada de auxiliar y colaborar con los organismos competentes del Estado en la educación, prevención y protección del niño y el adolescente.</p> <p>155. Son funciones de la Policía especializada: a) Velar por el cumplimiento de las normas de protección de niños y de adolescentes que imparten las instituciones del Estado y por la ejecución de las resoluciones judiciales; b) Desarrollar, en coordinación con otras entidades, actividades educativas y recreativas tendentes a lograr la formación integral de niños y adolescentes; c) Controlar e impedir el ingreso y permanencia de niños y adolescentes en lugares públicos o privados que atenten contra su integridad física o moral; d) Impedir la posesión o comercialización de escritos, audiovisuales, imágenes, material pornográfico y otras publicaciones que pueden afectar la formación de los niños o adolescentes; e) Vigilar el desplazamiento de niños o adolescentes dentro y fuera del país, especialmente en los aeropuertos y terminales de transporte; f) Apoyar con programas de educación y recreación a las instituciones encargadas de la vigilancia de adolescentes infractores; g) Cuando las circunstancias lo exijan, encargarse de la vigilancia de los adolescentes infractores en centros especializados; h) Las demás que le competen de conformidad con el presente Código, su Ley Orgánica y las demás normas.</p>
Policía colaboradora	156 y 157	<p>156. La Policía de apoyo a la justicia en asuntos de niños y de adolescentes es la encargada de efectuar notificaciones por mandato de la autoridad judicial y del Fiscal competente y de colaborar con las medidas que dicte el Juez.</p> <p>157. Las funciones son: a) Investigar los casos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; b) Realizar por mandato judicial las investigaciones que le sean solicitadas; c) Ejecutar las órdenes de comparecencia, conducción y detención de adultos dictadas por el Juez y las Salas de Familia, así como efectuar notificaciones judiciales; y, d) Colaborar con el Juez en la ejecución de sus resoluciones</p>

Servicio Médico Legal gratuito	158	En el Instituto de Medicina Legal existe un servicio especial y gratuito para niños y adolescentes, debidamente acondicionado, en lugar distinto al de los adultos. El personal profesional, técnico y auxiliar que brinda atención en este servicio estará debidamente capacitado.
Registro especial del adolescente infractor	159	En un registro especial a cargo de la Corte Superior se registrarán, con carácter confidencial, las medidas socio-educativas que sean impuestas por el Juez al adolescente infractor. Se anotarán en dicho registro: a) El nombre del adolescente infractor, de sus padres o responsables; b) El nombre del agraviado; c) El acto de infracción y la fecha de su comisión; d) Las medidas socio-educativas impuestas con indicación de la fecha; y, e) La denominación del Juzgado, Secretario y número del expediente.
Comparecencia o internamiento preventivo	209	El internamiento preventivo, debidamente motivado, sólo puede decretarse cuando existan: a) Suficientes elementos probatorios que vinculen al adolescente como autor o partícipe de la comisión del acto infractor; b) Riesgo razonable de que el adolescente eludirá el proceso; y, c) Temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas.
Medidas socioeducativas	217	El Juez podrá aplicar las medidas socio-educativas siguientes: a) Amonestación; b) Prestación de servicios a la comunidad; c) Libertad asistida; d) Libertad restringida; y, e) Internación en establecimiento para tratamiento.

Fuente: Elaboración propia

Otras primicias del Nuevo Código fueron el reconocimiento de una serie de derechos que no solo contaban con una protección a nivel Constitucional, como es el caso de las libertades de opinión, expresión, conciencia, entre otros, sino que estos tienen la naturaleza de ser “específicos”⁴⁵, al estar vinculados con el proceso de desarrollo del niño, niña y adolescente. Pese a lo aparentemente alegre de estas disposiciones, los siguientes años trajeron una serie de modificaciones que, más bien, contradijeron el espíritu revolucionario de la doctrina de la protección integral. Mediante Decreto Legislativo N.º990 de fecha 21 de julio del 2007, el legislador peruano decide modificar una serie de artículos del Nuevo Código de Niños y Adolescentes, incluyendo el 194, referente a las infracciones. De esta forma, la cifra pasa de unos mesurados tres años, a seis⁴⁶. En todo caso, esto no responde a un mero capricho por parte del

⁴⁵ Artículo IV.- Capacidad.- Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes. La Ley establece las circunstancias en que el ejercicio de esos actos requiere de un régimen de asistencia y determina responsabilidades. En caso de infracción a la ley penal, el niño será sujeto de medidas de protección y el adolescente de medidas socio-educativas.

⁴⁶ **Artículo 194.- Infracción.** Al adolescente que, integrando una pandilla perniciosa, lesione la integridad física de las personas, atente contra el patrimonio, cometa violación contra la libertad sexual o dañe los bienes públicos o privados, utilizando armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes, cuya edad se encuentre comprendida entre doce (12) y catorce (14) años de edad se le aplicará las medidas de protección previstas en el presente Código. Tratándose de adolescentes cuya edad se encuentre comprendida entre más de catorce (14) y dieciséis (16) años se aplicará la medida socio-educativa de internación no mayor de cuatro (4) años; y, en el caso de adolescentes cuya edad se encuentre comprendida entre más de dieciséis (16) años y dieciocho (18) años, **se aplicará la medida socio-educativa de internación no mayor de seis (6) años.**

ordenamiento jurídico, sino que fue una respuesta a un problema bastante concreto: la delincuencia organizada y el pandillaje. En el caso del segundo, una revisión de la norma aplicable nos puede llevar a la conclusión que se estaría transgrediendo las disposiciones de la Convención, en cuanto se trata de un retroceso hacia la doctrina de la situación irregular al considerar al adolescente como un sujeto peligroso (Barletta, 1999, p.97)

Estas dos últimas formas de criminalidad continuaron ocupando la preocupación tanto de la sociedad peruana, como de la prensa y de los legisladores durante un largo tiempo. De manera curiosa, mas no fortuita, la modificación del Decreto Legislativo N.º990 es dejada de lado y reemplazada por una reforma aún mucho más severa en el año 2015 tan solo unos meses después de la tipificación del delito de sicariato. El 22 de septiembre de dicho año, aparece el Decreto Legislativo N° 1204, el cual modifica el Código de los Niños y Adolescentes para regular las sanciones a adolescentes infractores de la ley penal y su ejecución:

“La sanción de internación durará un periodo mínimo **de uno y máximo de seis años**. La sanción de internación es no menor de seis ni mayor de diez años cuando el adolescente tenga entre dieciséis (16) y menos de dieciocho (18) años de edad y se trate de los delitos tipificados en los artículos 108, 108-A, 108- B, 108-C, 108- D, 121, 148-A, 152, 170, 171, 172, 173, 189 último párrafo, 200, 296, 297 del Código Penal, en el Decreto Ley N° 25475 y cuando sea integrante de una organización criminal, actúe por encargo de ella o se encuentre vinculado a la misma. Cuando se trate de los delitos antes mencionados y el adolescente tenga entre catorce (14) y menos de dieciséis años (16), la sanción de internación es **no menor de cuatro ni mayor de ocho años**. Al aplicar la sanción de internación, el Juez deberá considerar el periodo de internamiento preventivo al que fue sometido el adolescente, abonando el mismo para el cómputo de la sanción impuesta.” (Artículo 236)

Este cuerpo normativo, en un principio, contaba con la generosa cantidad de tres años como el máximo de la pena, lo cual presenta un avance hacia la dirección correcta, ya que, junto con la enumeración de una serie de derechos específicos, frenaba las arbitrariedades del juez en Códigos anteriores. Empero, tras dos modificaciones, el cuerpo normativo que fue creado con el fin de rechazar la tendencia encarceladora y obtusa de los códigos anteriores, vuelve a caer en el recurrente error de utilizar la pena privativa de libertad como un paliativo para los adolescentes infractores.

Esta vez como una respuesta hacia el problema de la delincuencia organizada y juvenil en la manifestación del sicariato, el sistema de justicia juvenil se abstiene de superar el masoquismo institucional que mencioné en líneas anteriores: una excelente oportunidad de cambiar las tendencias instrumentalizadoras del castigo de los Códigos de 1924 y 1962 fue desaprovechada a menos de veinte años de vigencia. El Nuevo Código de los Niños y Adolescentes (2000) propone desde el inicio un modelo de justicia penal en donde “se tiene al menor de edad como una persona capaz, con facultad de poder asumir las responsabilidades de su acto delictivo y prevé que se le someta a un proceso que cuente con todas las garantías constitucionales y procesales (que no genere su ilegalidad)” (Yong, 2017, p. 72), pero falla al mantener esta promesa cuando se reduce al adolescente a otro sujeto cuya esperanza de rehabilitación se basa en una privación de libertad en cuestionables condiciones. Este último punto será desarrollado más adelante.

5.1 Estado de la cuestión de los modelos de tratamiento de niños y adolescentes infractores

Dos años después de esta nefasta modificación y tras una serie de debates, se decretó otro cuerpo normativo que se encuentra parcialmente vigente hasta el día de hoy. Mediante Decreto Legislativo N° 1348 de fecha el 07 de enero de 2017, se aprueba el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, al cual le siguió su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2018-JUS, el 24 de marzo de 2018. Según el Artículo XII "Vigencia de la norma", del Título Preliminar, vemos que los aspectos procesales son de aplicación inmediata, pero continúan rigiéndose por la Ley anterior los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

De igual forma, la Tercera Disposición Complementaria Final dispone la creación de la Comisión Multisectorial Permanente de Implementación del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, quienes deben diseñar la propuesta específica del Plan de Implementación y la elaboración del calendario oficial de aplicación progresiva del Código y, de ser el caso, proponer su modificación. Recientemente se determinó el calendario de dicha aplicación progresiva, concluyendo en las siguientes fechas: Lima Norte, Ventanilla y el Callao (2022), Lima Centro, Lima Sur, Lima Este, Cañete y Huaura (2023), Ica, Arequipa, Ayacucho, La Libertad, Lambayeque, Cajamarca, Áncash y Santa (2024), Tumbes, Piura, Sullana, San Martín, Amazonas,

Junín, Pasco, Huancavelica, Huánuco y Selva Central (2025) y Loreto, Ucayali, Madre de Dios, Cusco, Apurímac, Puno, Moquegua y Tacna (2026)

Ambos instrumentos representan un cambio radical en cuanto a los principios y las características centrales de la justicia penal juvenil. Tal como indica su presentación, “la entrada en vigencia de esta norma, marca un hito en el inicio de la Reforma de la Administración de Justicia dirigida a los adolescentes que infringen normas penales en nuestro país (...) a fin de intervenir de manera especializada, articulada, sistemática e integral” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 8). El Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, al igual que su sucesivo reglamento, incluyen una serie de disposiciones, principios y puntos de vista bastante innovadores; por ejemplo, los enfoques de género, derechos, interculturalidad, restaurativo y de discapacidad⁴⁷, la presunción de minoridad⁴⁸, la excepcionalidad de la privación de libertad⁴⁹, una jurisdicción especializada⁵⁰, entre otros. Sin embargo, no ha habido cambios respecto al tema de la duración de las medidas de privación de libertad que mencioné con anterioridad. Se ha intentado, a mi parecer, dejar de lado la necesidad de tocar el controversial tema de la duración del internamiento, señalando constantemente que este debe ser aplicado en casos extremos y de forma excepcional.

Otro de los grandes aportes del nuevo Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes ha sido girar el reflector hacia la justicia restaurativa. Como hemos visto hasta el momento, la misma tiene una serie de manifestaciones y es diversa en la práctica, pero en nuestro contexto nacional, parece manifestarse casi de forma exclusiva en la forma de la remisión. El Código de Niños y Adolescentes preveía la remisión como la separación del adolescente infractor del proceso judicial con el objeto de eliminar los efectos negativos del mismo⁵¹ mientras que el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes hace una definición mucho más detallada de la misma, indicando en su artículo 129 que esta:

Consiste en promover la abstención del ejercicio de la acción penal o la separación del proceso del adolescente que ha cometido una infracción que no reviste mayor gravedad,

⁴⁷ Artículo XIII del Título Preliminar del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes

⁴⁸ Artículo 4, Sección I del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes

⁴⁹ Artículo 6, Sección I del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes

⁵⁰ Sección II, “Jurisdicción y Competencia, Sujetos Procesales y Órganos Auxiliares” del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes

⁵¹ Artículo N°206, "Remisión" del Código de Niños y Adolescentes. Sin embargo, es importante precisar que los artículos 200 al 202 y 223 al 228 fueron derogados por la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N°1348 publicada el 07 de enero de 2017

procurando brindarle orientación especializada, dirigida a lograr su rehabilitación y reinserción social por medio de la aplicación de programas de orientación con enfoque restaurativo, cuya duración no excede de doce (12) meses.

Es importante mencionar que, a lo largo de dicho cuerpo normativo, el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes también toma en cuenta el papel de la víctima. En ese sentido, esta tiene una importante participación en lo que es el acuerdo reparatorio (artículo 137), el cual consiste en el reconocimiento del adolescente del daño ocasionado por la infracción a la víctima y el compromiso para repararlo o la prestación directa de un servicio por parte del adolescente en favor de la víctima, con el fin de resarcir el daño. Este tipo de contacto entre ambas partes protagonistas del hecho penalmente relevante pareciera ser una manifestación mucho más clara y próspera de lo que describí como justicia restaurativa en los primeros acápite. Otros usos de este acuerdo reparatorio podrían ser, incluso, la reparación del daño originada por la infracción en los casos no previstos por el artículo 137.2, el cual menciona que el acuerdo es aplicable cuando la infracción afecte el patrimonio de la víctima y la misma no afecte su integridad o su vida.⁵²

Sin intención de salirme del tema central, que son las últimas tendencias respecto a los adolescentes infractores en el Perú, quiero aclarar que el énfasis que tienen los más recientes estudios en la remisión puede explicarse si se presta atención al contexto mundial de este campo y que se ha mencionado en acápite anteriores. Como he ido diciendo hasta el momento, las críticas hacia el sistema penal juvenil han causado que las últimas tendencias busquen alejar al adolescente de los medios cerrados, la privación de libertad y la incapacitación, resaltando los efectos negativos de la misma. Teniendo eso en cuenta, los métodos de justicia restaurativa y la remisión fiscal resultan ser las medidas que más entusiasmo han traído en cuanto a reducir de la reincidencia y

⁵² Volviendo a la remisión, este tipo de programa fue aplicado por primera vez ya en el año 2005 mediante el trabajo conjunto del Ministerio Público, la Fundación Tierra de hombres y la Asociación Encuentros Casa de la Juventud, tratando los casos de adolescentes que cometieron infracciones leves. De manera muy concreta, el mismo plan piloto fue llevado a cabo en el distrito de El Agustino y se considera que fue un éxito rotundo debido a la bajísima tasa de reincidencia y de la enorme cantidad de adolescentes que no solamente se mantuvieron alejados del crimen, sino que fueron efectivamente reinsertados en sociedad. Un proyecto similar fue llevado a cabo en Chiclayo, en donde también se presentaron resultados positivos (Echaíz, 2011, p. 4-5). Durante los siguientes años, el proyecto continuó con su segunda y tercera fase con el propósito de volver a la remisión una práctica aplicable a nivel nacional. Esta fue adoptada como una política de Estado en el año 2010. “En la actualidad, el Programa Justicia Juvenil Restaurativa se implementa en los Distritos Fiscales de Lima (El Agustino), Lima Sur (Villa El Salvador, Villa María del Triunfo y San Juan de Miraflores), El Santa (Chimbote y Nuevo Chimbote), La Libertad (Trujillo) y Lambayeque (Chiclayo, La Victoria y José Leonardo Ortiz) (Montoro, 2019, p. 71). Es bastante satisfactorio ver que en los últimos años y pese a las dificultades de acceso, ha habido una cantidad importante de estudios e investigaciones acerca de la remisión y de los efectos de la justicia restaurativa en determinados escenarios del sistema penal juvenil, especialmente entre del 2019 al 2020.

desaturar el sistema penal juvenil. Existen, pues, cinco grandes cambios que representan a los nuevos proyectos de justicia restaurativa para los adolescentes infractores, a saber:

CUADRO NRO. 19

CAMBIOS CAUSADOS POR LA ADOPCIÓN DE UN SISTEMA DE JUSTICIA RESTAURATIVA PARA ADOLESCENTES INFRACTORES SEGÚN VÁSQUEZ BERMEJO (2015)

Número	Cambio	Contenido
01	La atención inmediata	Intervención polifuncional asignada a un equipo interdisciplinario conformado por un abogado, un psicólogo y un trabajador social. Sus funciones fueron diseñadas para suplir un conjunto de deficiencias que el sistema de justicia tenía en las etapas de la detención y procesamiento del adolescente que ha cometido una infracción.
02	El acompañamiento educativo	El acompañamiento educativo consiste en una intervención socioeducativa que realiza un equipo de educadores, orientada a fortalecer y desarrollar capacidades de los adolescentes sujetos al cumplimiento de programas de orientación o de medidas socioeducativas, para que puedan asumir una respuesta responsable y reparadora frente al hecho cometido y frente a su propia vida, propiciando su reintegración a la comunidad como ciudadanos competentes
03	La mediación	La mediación consiste en el encuentro y diálogo entre las dos partes del proceso: la víctima y el adolescente infractor, quienes con la ayuda de un tercero (mediador) buscan un acuerdo reparatorio.
04	El módulo de atención especializado de adolescentes en conflicto con la ley penal en comisaría	Está construido bajo los principios de dignidad y seguridad y está compuesto por una habitación de resguardo (espacio para los reclusos), una sala de entrevistas, un patio de descanso y un baño. El objetivo del módulo es brindar una atención policial especializada al adolescente en conflicto con la ley penal en condiciones de seguridad y dignidad.
05	Red de Servicios y Programas de la Comunidad	Estos programas y servicios correspondían a diversas áreas, principalmente la educación básica (formal e informal) y técnica, la atención de la salud física y mental, la capacitación e inserción laboral, la realización de actividades deportivas, artísticas y culturales, entre otros. Las instituciones eran parroquias, municipios, ONGs, bomberos, asociaciones culturales, hospitales, instituciones educativas, etc.

Fuente: Elaboración propia⁵³

El propósito de este acápite ha sido, en principio, ver cuál es el estado de la cuestión del sistema de justicia juvenil en el Perú. Esta se dividió en dos fases: en la primera, la legislación y además disposiciones de orden legal se encontraban bajo la doctrina de la situación irregular, mientras que la segunda, estuvo bajo la doctrina de la protección integral. Es así que en un primer momento el “sistema penal de menores” siguió las formas del positivismo criminológico el cual, como he mencionado

⁵³ Ver: (Vásquez 2015: 135-142)

anteriormente, lo cual llevó a los menores en situación irregular a ser tratados como núcleos de enfermedad social y moral, a tal punto que inclusive algo tan delicado como el proceso penal se vio plagado de una serie de arbitrariedades por parte de los operadores judiciales, quienes, por ejemplo, basaban su decisión en criterios como la situación moral. Respecto a estos últimos, cabe también mencionar que eran tratados simbólicamente como figuras paternas, en cuanto la ley les exigía estar casados y tener hijos según el Código Penal de 1924.

En ese sentido, la legislación en materia de niños y adolescentes infractores del Perú se encontró bajo la lógica de las “legislaciones minoristas” anteriores a la Convención de 1989, las cuales se caracterizaban por una errónea concepción de la infancia, una alta discrecionalidad por parte de los jueces, la extrema judicialización de falencias estructurales en la vida de los niños y adolescentes, la impunidad de los niños y adolescentes pertenecientes a clases altas y la criminalización de conductas. Todo esto nos lleva a la conclusión que, durante sus primeras etapas, el derecho penal juvenil se encontraba inmerso en la moral positiva por un tiempo y de una forma lo suficientemente relevante como para sobrevivir incluso a las reformas posteriores. Finalmente, hay una suerte de giro al respecto a las tendencias en materia de adolescentes infractores con la aprobación del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes y su respectivo reglamento, ambos emitidos en el año 2017 y 2018 respectivamente y que son de aplicación progresiva.

6. Conclusiones preliminares

El presente capítulo ha tenido como objetivo analizar el “deber ser” de los modelos punitivos aplicables a los niños, niñas y adolescentes según los estándares del Derecho internacional y Nacional. Como mencioné, no tiene mucho sentido hablar de los modelos punitivos sin tomar en cuenta que los niños, niñas y adolescentes como sujetos intervenidos se encuentran en una serie de sistemas que conforman el Derecho penal juvenil y que cuentan con sus propias mecánicas y conceptos. En un principio hemos visto los estándares sostenidos por el Derecho internacional, en cuanto sus avances fueron la guía para las posteriores modificaciones en cada ordenamiento jurídico. Este tema me llevó, eventualmente, a tocar la Convención de sobre los Derechos del Niño de 1989 y sus disposiciones más importantes: el inicio de la nueva doctrina de la protección integral y el interés superior del niño.

En una etapa inicial, podría decirse que el modelo punitivo de preferencia fue de carácter incapacitador-rehabilitador, en cuanto involucraba el internamiento del niño o adolescente en centros de privación de libertad donde era reeducado y moldeado de acuerdo a los estándares sociales de la época y cultura bajo el modelo de control-protección. Visto como un mero objeto de protección y no como sujeto independiente y capaz, este grupo fue utilizado muchas veces para canalizar la moral positiva y valores de diferentes sectores de la sociedad, como hemos visto anteriormente. En sus inicios, el menor en situación irregular era visto como un mal social, una suerte de anormal que provenía de hogares disfuncionales, y había sido afectado por hábitos destructivos como la vagancia y la desobediencia, siguiendo así una visión positivista del delito. Por lo tanto, la intervención estatal, la cual se manifestaba a través de centros de reeducación, buscaba acabar con esta supuesta anormalidad mediante la religión, el trabajo y la disciplina. Es bastante claro que mientras este modelo se mantuvo, también reinó una política explícitamente paternalista y perfeccionista, en el sentido que los niños y adolescentes fueron tomados casi como chivos expiatorios.

La situación parece dar un giro con la llegada de la Convención de 1989, en donde no solamente se cambia la visión de este grupo, pasando de objeto a sujeto, sino que se comparte la directriz del interés superior del niño, la cual es brújula tanto para públicos como para privados, leyes y políticas. Sin embargo, estas innovaciones no están exentas de crítica: como mencioné previamente, muchas veces ha utilizado y se continúa utilizando el principio del interés superior del niño como una suerte de forma de legitimar decisiones que podrían ir, más bien, a favor de los intereses de los adultos involucrados en la cuestión. Por ejemplo, el de los padres por mantener la custodia o el de los operadores de justicia por proyectar sus propios valores respecto al “deber ser” de la niñez y adolescencia.

Otro punto importante es reconocer que la justicia juvenil no se ha llevado el protagonismo en cuanto respecta a la Convención. Tal como se dijo en acápites anteriores, se le ha llamado el “hijo no deseado” en cuanto es un área rodeada de malentendidos e ideas equivocadas. Entre ellas se encuentra el énfasis de la justicia juvenil está en el delito y la invisibilizar a las víctimas y los contextos, lo cual suele dificultar la empatía hacia los adolescentes infractores y entorpece las reformas. Por otro lado, solemos ver a la justicia juvenil como un solo sistema cuando en realidad se trata de un conjunto de principios, técnicas, políticas y prácticas que se retroalimentan entre sí; la simplificación de esta área tampoco le permite un mayor desarrollo. Además, esta la retórica del niño, sobre lo cual hice particular énfasis en su momento. Las iniciativas

sociales y jurídicas que buscan reconocer los derechos de este grupo suelen asociarle al etéreo concepto de “niñez”, el cual está relacionado con ideas de inocencia, ternura y pureza, lo cual ha dejado de lado a los y las adolescentes.

Estos últimos suelen ser invisibilizados de muchas formas, sobre todo en lo que respecta a la aplicación de los derechos de participación. Este punto también fue desarrollado en su momento, en el sentido que hay un énfasis en los derechos de protección, más no en los que permiten al sujeto en cuestión tomar decisiones sobre su propia situación, como son los derechos de provisión y participación. Es decir que, a pesar de la relevancia de la Convención de 1989 y los cambios positivos que esta pudo haber traído, todavía existe una suerte de dificultad en dejar atrás la noción paternalista de los mal llamados “menores de edad” como seres sin agencia ni opinión. Esto se condice con la siguiente observación, que es que hay una dependencia excesiva en el enfoque negativo de la situación de los niños, niñas y adolescentes infractores; esto se refiere a que reciben más atención los intentos por acabar con el abuso y el maltrato en determinadas instituciones estatales y sociales, es decir, en lo que *no se debe hacer*, dejando de lado lo que se podría construir a partir de la acción.

Curiosamente, esto también se vincula con que la Convención sea “partida en rodajas” en la práctica, no permitiendo la aplicación de todos los derechos contenidos en ella, sino dándole prioridad a unos sobre otros. Finalmente, está un punto bastante importante para la presente investigación, que es la predominancia de los enfoques hacia los niños varones, dejando de lado a las niñas y adolescentes, así como aquellos sujetos que no se encuentren en el espectro predominante del género y la sexualidad. Lo femenino y todo aquello no-hegemónico, en ese sentido, es dejado de lado, dándosele un rol secundario o complementario, aún cuando hoy por hoy, conocemos que cuestiones como género y sexualidad son determinantes para la experiencia de los niños y adolescentes que formen parte del sistema juvenil.

¿Cuál ha sido la relevancia de todos estos cambios y críticas en nuestro sistema nacional? Como mencioné en un principio, los modelos incapacitadores-rehabilitadores gozaban de una gran popularidad, especialmente cuando estos eran guiados por una noción paternalista que se encuentra bien cimentada en los orígenes de estos modelos, es decir, en la visión del delincuente como anomalía social que necesitaba de una urgente intervención estatal con el fin de proteger a la sociedad de sus efectos nocivos, lo cual involucraba separársele de su comunidad en cárceles o centros de reeducación. Esta visión estuvo presente en el Perú por mucho tiempo, hasta que la Convención de

1989 trajo la posibilidad de implementar nuevos sistemas de tratamiento para adolescentes infractores. Aquí es donde los modelos restaurativos cobran importancia, en cuanto se vuelven la nueva tendencia: se busca evitar la judicialización de la niñez y adolescencia, mantener a ambos grupos alejados de la privación de libertad y encontrar soluciones alternas a la comisión de delitos menores, además, se agregan nuevos elementos al sistema de justicia juvenil, como el acompañamiento educativo, la medicación, módulos de atención especializados en adolescentes en conflicto con la ley penal y la inmediatez de la atención conformado por un equipo multidisciplinario.

No obstante, vemos que estas nuevas tendencias coexisten con la inadecuada situación de los y las adolescentes que ya se encuentran privados de libertad, es decir, aquellos que se encuentran en el último peldaño de la intervención estatal. Como se dijo con anterioridad, parece haber una coexistencia entre los modelos restaurativos, vistos en las modificaciones al sistema que acabo de mencionar, y una versión rigurosa y hasta tradicional de los modelos incapacitadores-rehabilitadores. Con esto último me refiero a no solo las severas condiciones de internamiento, las cuales veremos en el siguiente capítulo, pero a la tendencia de mantener penas de privación de libertad bastante altas tomando en cuenta la duración del periodo de adolescencia. La posibilidad de separar al delito de los modelos incapacitador-rehabilitadores es casi imposible, inclusive con nuevas tendencias que buscan abolir la prisión y los centros de privación de libertad de manera absoluta, por lo que el ejercicio más importante actualmente debería de ser el de mejorar las condiciones de aquellos y aquellas que formen parte de este sistema. Esto último incluye, por supuesto, a los niños y adolescentes.

En esa línea, pasaré a evaluar la información obtenida a base de un breve trabajo de campo realizado en el año 2015 acerca de las condiciones de internamiento de las adolescentes privadas de libertad por conflicto con la ley penal en el Perú. A continuación, el capítulo tres estará dividido en una pequeña introducción acerca de las adolescentes infractoras como grupo merecedor de atención propia y de la *gendered experience* (experiencia basada en género), seguido de un desarrollo acerca del método de investigación y finalmente, el análisis de resultados, en donde se utilizarán los conceptos vistos tanto en el primer como en el segundo capítulo. Estas observaciones no solo tomarán en cuenta la información obtenida en el trabajo de campo anteriormente mencionado, sino que estará vinculado con los derechos fundamentales que han sido vulnerados en cada situación, utilizando para esto los estándares nacionales e internacionales mencionados en el presente capítulo. Se espera que el contenido y las

conclusiones de los acápites anteriores cobren aún más sentido cuando se les aplique en la realidad.



CAPÍTULO III: Modelos punitivos en el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita (CJDRSM)

1. Nociones básicas acerca de las adolescentes infractoras

Estudiar el papel de la mujer en el universo del delito es complejo, no solo por la diversidad de aristas y puntos de vista desde los cuales se puede partir, sino por la falta de investigaciones acerca de este grupo. Es bien sabido que la diferencia cuantitativa entre las investigaciones de varones y mujeres que delinquen es abrumadora, cosa que empeora si colocamos el punto de vista en la experiencia de las comunidades no binarias y pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+. Para la justicia penal, el papel de la mujer y de lo femenino parecen tener dos representaciones, la primera es de un agente casi invisible, borroso y vacío, mientras que en la segunda se le coloca como una víctima por defecto, ya sea por parte de un agente masculino, o de las circunstancias de su propia experiencia de vida. Sin embargo, en los últimos años este grupo ha conseguido una mayor atención por parte del Derecho, la criminología y la política criminal, en especial gracias a la presencia del movimiento feminista y de la toma de consciencia sobre la importancia del género. Es imposible continuar con esta investigación sin hacer énfasis en el grupo de las adolescentes que delinquen, por lo que en la presente sección pasaré a hacer algunas breves observaciones acerca de este grupo.

Traylor y Richie (2012) son de la opinión que el vacío respecto a la investigación en mujeres se manifiesta, a su vez, en dos formas: la primera se concentra en las mujeres como delincuentes, reclusas y personas que vuelven a la comunidad tras un periodo de privación de libertad y, la segunda, en la falta de trabajos teóricos que asumen a los roles y relaciones de género como factores relevantes en el tratamiento de los individuos en el sistema de justicia penal (p, 561). La misma opinión es compartida por Pozo (2021), Aedo y Varela (2020), Moore y Scraton (2014), entre otros. ¿Cómo fue en un principio? “Los primeros estudios de la delincuencia juvenil femenina estuvieron (re) cargados de androcentrismo y negligencia con respecto al estudio de las mujeres” (Pozo, 2020, p. 4) y, por otro lado, se repetían una serie de estereotipos acerca de la mujer y su rol en la sociedad. Lombroso, quien fue uno de los primeros en estudiar la delincuencia femenina, consideraba que la anormalidad biológica de la mujer la llevaba a cometer delitos como la prostitución (Aedo y Varela, 2020, p.223). Por otro lado, en

los setentas, una serie de estudios revelan que la delincuencia de las niñas no se limita a la promiscuidad sexual, sino que es bastante similar a la de los varones, salvo por la frecuencia en la que ocurren (Naffine, 2016, p. 18). Durante los noventas, se clasificaba a la chica infractora como “solitaria, inepta, piadosa y promiscua” (Pozo, 2021, p.5), noción que se repitió por mucho tiempo hasta que se comenzó a cuestionar, por un lado, la falta de interés en este grupo y, por otro, la repetición de estereotipos.

¿Por qué es que se dio este estancamiento respecto a la mujer que delinque y a la adolescente infractora? La criminología feminista y los movimientos sociales de finales del siglo pasado llevaron a evidenciar la fuerte influencia del sistema patriarcal en esta área en particular. Para fines de esta investigación, entendemos al control patriarcal como un sistema familiar, social, ideológico y político en el que los hombres, por la fuerza, la presión directa o a través del ritual, la tradición, la ley y el idioma, las costumbres, la etiqueta, la educación y la división del trabajo, determinan qué parte debe o no debe tener la mujer (Traylor y Richie, 2012, p.569). El control patriarcal, en el caso de la mujer y el crimen, es el responsable tanto de la insignificancia de la mujer que delinque para la academia, como para la perpetuación de imaginarios acerca de la misma. Pozo (2021), en un fascinante estudio acerca del tema, se pregunta si es que la justicia juvenil es patriarcal y señala que este sistema response a asuntos de género, a representaciones tradicionales de feminidad y masculinidad, así como a expectativas de la sociedad respecto a las mismas (p.3-9). Podemos decir que:

En el nivel ideológico más básico, se espera que las mujeres sean obedientes y complacientes y que no violen las normas sociales (Chodorow 1999; Rich 1986). Su participación en la transgresión de la ley, más que cualquier otro comportamiento transgresor de normas, está por lo tanto “fuera de lugar” en un sistema patriarcal que se basa en roles de género rígidamente definidos. Los hombres en el poder (y sus representantes que ocupan cargos que vigilan el cumplimiento de las normas sociales, como policías, líderes religiosos, trabajadores sociales) responden a las mujeres que violan las normas de obediencia y cumplimiento con una dureza que castiga no solo la violación sino el incumplimiento de la etiqueta ideológica. Esta perspectiva ayuda a explicar por qué las mujeres que cometen delitos son tratadas con más dureza que los hombres que cometen los mismos delitos. (Traylor y Richie, 2012, p.569)

En ese sentido, podemos afirmar que las vivencias de las adolescentes infractoras dentro del sistema de justicia es una *gendered experience*, lo cual significa que están fuertemente influenciadas por nociones de género y sexualidad y no, como se podría pensar, de experiencias neutrales e iguales a las de sus congéneres varones.

“No se puede recurrir a teorías masculinas para explicar los comportamientos de las jóvenes y niñas que delinquen” (Pozo, 2021, p.17), y esto se debe a que el contacto que estas tienen con el sistema de justicia está cargado de las expectativas sociales que se tiene sobre su sexo, los ideales de la feminidad, entre otros. En sociedades como la peruana en donde ya para el año 2019 “el 64% de las niñas y adolescentes mujeres reportaron la presencia constante de violencia en el hogar” (UNICEF 2020, p.52), la situación de las jóvenes infractoras es preocupante. Ocurre lo que Aedo y Varela (2020) confirman en su investigación acerca de las diferencias de género en las conductas infractoras de niñas y adolescentes en Chile, y es que “la idea de que el derecho fija y reproduce las identidades de género y consolida la discriminación sexual resulta especialmente interesada aplicada al ámbito de la privación de libertad en el sistema penal juvenil” (p.226). Esta investigación demuestra la veracidad de dichas palabras en el contexto peruano.

Por último, quisiera mencionar que los problemas de las adolescentes infractoras ocasionados por la falta de asumir su experiencia como una *gendered experience*, han sido evidenciados, afortunadamente, por la criminología feminista y los estudios de género. “La criminología feminista (...) nos permite analizar las desigualdades de género no solamente en la comisión del delito, sino que pretende también dar claves para comprender cómo el sistema de Justicia Penal Juvenil responde a los asuntos de género” (Pozo, 2021, p.3). La respuesta, como es de imaginarse, no es muy optimista. Estudios tanto de finales como de inicios de siglo indican que la experiencia de las mujeres criminalizadas está basada en un tipo de bastante específico de marginación y discriminación basada en su género (Aedo y Varela 2020, p.226), y que en el caso de aquellas que están privadas de libertad, empeora y se manifiesta en la violación de una serie de derechos. Como menciona Van Gund y Baumann-Grau (2013), “las experiencias institucionalizadas de las mujeres también son paralelas a la construcción social del género y se basan en la forma en que la población de una nación ve a las mujeres y sus roles en la sociedad” (p. 8). En ese sentido, parte de la experiencia de las adolescentes privadas de libertad tiene que ver con la el constante reproche que se les hace por romper con los imaginarios y expectativas que la sociedad patriarcal tiene de las mismas.

A continuación, pasaré a describir los resultados de las visitas llevadas a cabo en el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita (CJDRSM) durante el año 2015, dividiendo los mismos en las secciones de: 1) medio físico y alojamiento, 2) educación, formación profesional y trabajo, 3) salud y 4) disciplina. En cada una se

analizarán los resultados, señalando la vulneración a una serie de derechos fundamentales protegidos por nuestro ordenamiento jurídico y por las disposiciones nacionales e internacionales. Todos los conceptos que hemos podido analizar hasta el momento servirán para darle sentido a la dura realidad que nos presentaron las experiencias de adolescentes infractoras.

2. Método de investigación

La presente investigación es de carácter cualitativa. Tomé esta decisión en cuanto la complejidad del tema y las dificultades del escenario requerían, en primer lugar, un considerable bagaje teórico y, en segundo lugar, una aproximación orgánica al problema. Como se ha visto hasta el momento, los dos primeros capítulos siguieron un método bibliográfico basado en la revisión de fuentes secundarias, como fueron libros y artículos que, a través de una perspectiva histórica, describían los modelos retributivos, incapacitadores, rehabilitadores y restaurativos, además de cómo los ordenamientos internacional y nacional se enfrentaban al tratamiento de adolescentes infractores e infractoras. Ahora bien, cuando se trata del sistema utilizado para recopilar información sobre la experiencia de las adolescentes privadas de libertad, quisiera acotar que este cuenta con algunas características propias del método cualitativo, a saber:

CUADRO NRO. 20

CARACTERÍSTICAS DEL MÉTODO CUALITATIVO UTILIZADO EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN SEGÚN LOS CRITERIOS DE CRESWELL (2014)

Característica	Contenido en la presente investigación
Entorno natural	La información fue recopilada directamente de los participantes en el campo donde se manifestaron los problemas centrales de la investigación. No se requirió del envío de fichas ni de la movilización de los sujetos a un entorno distinto. La información fue recopilada mediante la conversación y la observación de los mismos en su entorno cotidiano.
El investigador como instrumento clave	La recopilación de información no ha sido tercerizada ni se han requerido métodos elaborados por personas ajenas a la presente investigación.
Múltiples fuentes de datos	Además de aquello que fue extraído de la conversación y la observación en un entorno cotidiano, la información fue contrastada con otras fuentes, como han sido los informes elaborados por la Defensoría del Pueblo, el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura del Perú y fuentes de desarrollo teórico.
Análisis de datos inductivos y deductivos	La presente investigación se ha desarrollado de abajo hacia arriba. Una vez se han organizado los temas en unidades abstractas e individuales, se utiliza la deducción para buscar información que respalda cada una.
Significados aportados por los participantes	Un elemento de vital importancia en la presente investigación es que ha buscado que el significado y contenido del problema central sea aportado por los sujetos que

	lo experimentan de forma cotidiana. Es decir, la complejidad de las experiencias de las adolescentes infractoras no ha sido extraído de la literatura, sino directamente de ellas.
Diseño emergente	Como una característica central de las investigaciones cualitativas, el método fue cambiando una vez se apreciaron ciertas dificultades que provenían del entorno cotidiano del problema. Aunque pudo haber sido beneficioso, no se pudieron recurrir a fichas, documentos ni grabaciones audiovisuales debido a las propias restricciones del escenario.
Reflexividad	En la investigación cualitativa, el investigador reflexiona sobre cómo su papel en el estudio y sus antecedentes personales, cultura y experiencias tienen potencial para dar forma a sus interpretaciones. En este caso, se puede apreciar cómo el estudio puede tomar forma a partir de los puntos de vista y demás antecedentes de quien realiza la investigación.
Relato holístico	La diversidad de perspectivas en la presente investigación, como son la histórica y de las ciencias sociales, ayudan a construir un relato diverso.

Fuente: elaboración propia

Finalmente, toda la información fue recopilada durante en cuatro visitas de tres horas cada una durante los meses de septiembre a octubre del año 2015 en donde se acompaña y tiene contacto directo con las adolescentes privadas de libertad en el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita (CJDRSM), ubicado en la Av. Costanera 1690, distrito de Cercado de Lima, departamento de Lima. Entrando en mayor detalle, las visitas fueron realizadas el sábado 26 de septiembre, sábado 10 de octubre, sábado 17 de octubre y sábado 24 de octubre del año 2015 entre las tres y las seis y media de la tarde. Debido a las restricciones propias de la institución, no fue posible obtener material audiovisual de estas visitas, lo cual incluye fotografías, videos y audios. Por tanto, toda la información fue recopilada a modo de diario, el cual fue redactado después de cada visita y que estará adjuntado al resultado final de la investigación. Durante este trabajo tuve contacto con una serie de adolescentes entre quince y diecinueve años, de entre las cuales pude aprender a identificar a trece, cuyos nombres serán cambiados para fines de protección de su identidad tanto en las narraciones del diario de visitas como en los extractos presentados en este capítulo, a saber:

1. Karen
2. Alejandra
3. Frida
4. Celeste
5. Alma
6. Jessica
7. Lucía

8. Laura
9. Karla
10. Karina
11. Rebeca
12. Mica
13. Maya

Debo de agregar, sin embargo, que mi acceso a Santa Margarita fue posible gracias a la Asociación Kawsasun, la cual se encuentra trabajando con adolescentes infractores, tanto varones como mujeres, desde el año 1997. El contacto con las adolescentes privadas de libertad no fue supervisado directamente por el personal de la institución ni de esta asociación lo cual significa que las conversaciones e interacciones entre ellas y mi persona se desarrolló de manera orgánica y sin ningún tipo de presión de parte institucional. A continuación, voy a presentar algunas nociones generales acerca del Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita y pasaré a describirlo junto con la población materia de la presente investigación, haciendo énfasis en sus experiencias cotidianas y estilo de vida.

3. Nociones generales sobre el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita (CJDRSM)

Los efectos de esto podían notarse en las estructuras desgastadas y los objetos oxidados tanto dentro como fuera del centro, como eran las rejas y barandas. Algo que salta a la vista es que el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita tiene una estructura bastante similar a cualquier centro de privación de libertad, en cuanto se encuentra rodeado de altos muros, alambres electrificados y, en el interior, cuenta con un área de seguridad y mecanismos de control que impidan el ingreso de objetos y materiales peligrosos como son lápices, celulares, gaseosas de color oscuro, cámaras y grabadoras.

Respecto a la distribución interna, las adolescentes se encuentran organizadas en cuatro programas, en los cuales son asignadas dependiendo de factores como su conducta dentro del centro. Hay un aproximado de 20 adolescentes en cada programa y estos suelen ser diferenciados por colores, por lo que, al ingresar a Santa Margarita, se pueden notar distintas variantes del mismo uniforme. En el segundo piso se

encuentran las habitaciones de cada programa, sitios con poco espacio donde las adolescentes duermen en camarotes. Así mismo, hay un espacio dedicado únicamente a las madres y gestantes. Al momento de las visitas, había tres menores embarazadas y cinco infantes. Hay un comedor, una lavandería, una enfermería, un gimnasio (el cual, al momento de la investigación, se encontraba fuera de servicio), una sala común, un jardín, y un patio que no supera la mitad de una cancha de fútbol (Chávez et al., 2015, p.4). En general, la mayor parte del centro es ocupado por oficinas administrativas y áreas de seguridad, caracterizándose una baja funcionalidad al no tener una organización propicia para las actividades físicas y la recreación.

A lo largo de la investigación no presencié ningún tipo de situación de violencia física ni psicológica explícita contra las adolescentes por parte de cuidadoras o personal médico; sin embargo, sus apreciaciones respecto al ritmo y las condiciones de vida dentro de Santa Margarita nos cuentan una historia diferente. En ese sentido, el análisis de resultados tendrá como puntos centrales la salud y el desarrollo personal de las adolescentes a partir de la evidencia encontrada y cómo esto cobra sentido (o no) con la teoría presentada respecto a los modelos punitivos. De igual forma, no quiero dejar pasar la oportunidad para mencionar cómo esto ha podido afectar derechos protegidos por el orden constitucional y por fuentes internacionales que han sido mencionadas en el segundo capítulo.

4. Análisis de hallazgos

Los resultados van a ser presentados de acuerdo a la siguiente división: 1) Condiciones físicas del **Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita**, 2) **Características de las adolescentes privadas de libertad y 3) Manifestaciones de control y disciplina**. A lo largo de estas secciones se hará énfasis en la experiencia personal de las adolescentes privadas de libertad. Lo más importante de los resultados obtenidos en la presente investigación, los cuales datan del año 2015, es que pueden compararse con estudios predecesores y de mayor alcance, como han sido aquellos elaborados por el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en los años 2018, 2019, 2020 y 2021. Como se mencionó anteriormente esta investigación tiene un carácter cualitativo por lo cual el análisis propio y tomar en cuenta las experiencias personales captadas durante el trabajo de campo es de vital importancia, más que una apreciación cuantitativa o estadística, lo enriquecedor del estudio está en apreciar el contexto. En ese sentido la estructura sería la siguiente: 1) presentación de

resultados, 2) análisis desde la teoría, 3) situación de derechos fundamentales en cuestión y, 4) estado de la cuestión, siendo la primera parte un recuento de lo observado, mientras que la segunda analiza dicho contenido a partir de las teorías de los modelos punitivos, seguido por un análisis de los derechos fundamentales que podrían haberse vulnerado y, finalmente, qué es lo que nos dice la evidencia posterior respecto a dicha información.

4.1 Condiciones físicas del Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita

El Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita (CJDRSM) está localizado en la Av. La Paz N° 615, distrito de San Miguel, ciudad y provincia de Lima, siendo hasta la fecha el único centro para niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal en todo el Perú. En un principio, Santa Margarita no es un centro independiente con un funcionamiento propio, sino que formaba parte de una casa hogar llamada “Ermelinda Carrera”, la cual albergaba adolescentes y niñas “en estado de abandono moral, físico y material por un periodo transitorio” (Pastor, 2007, p. 214). Comenzamos con algo bastante evidente y es que, en un principio, el propósito de las casas hogares eran de simple contención y apoyo de determinadas poblaciones que eran valoradas negativamente por el sistema.

Los conceptos de *abandono moral*, por ejemplo, han estado muy presentes en la teoría presentada tanto en los modelos de corriente utilitarista como en su respectiva aplicación al caso de los niños, niñas y adolescentes. El abandono moral ha sido un concepto importantísimo para catalogar a aquellos *necesitados* de intervención estatal, especialmente por medio de la disciplina y la privación de libertad. Para Cruz (2018), este concepto se refiere a “la ausencia de toda acción de tipo educativo”, incluyendo “aquellas normas, valores y principios éticos que son transmitidos al niño mediante un proceso de acompañamiento continuo y de supervisión familiar” (p.12). En otras palabras, estamos hablando de una situación en la cual ha habido una ausencia de figura de autoridad que se encargue de guiar al niño, niña o adolescente de acuerdo a la ética y los valores correspondientes a su momento, cosa que en este caso tendría que ser realizada por figuras ‘paliativas’, como son los educadores y personal de los casa-hogares y, posteriormente, de los centros de diagnóstico y rehabilitación. Esta breve referencia cobrará mucho sentido cuando veamos que muchas de las políticas dentro del centro parecen estar orientadas hacia subsanar este supuesto *abandono*

moral que, como hemos visto, hace referencia a una visión desfasada y positivista del adolescente infractor.

Ahora bien, otro punto interesante es la organización interna con la que contaba Santa Margarita antes de la gran reforma de los centros juveniles en 1998. Me gustaría mencionar que, en un principio, las adolescentes dormían en pequeñas celdas con una puerta de madera y fierro, teniendo una ventana por donde se les pasaba la comida cuando eran castigadas (Pastor, 2007, p. 215). Si bien hubo un cambio radical respecto a la organización interna, veremos más adelante que esta lógica del aislamiento y la reducción de condiciones de cotidianidad continúan siendo una práctica aceptada en este tipo de escenarios. Así, pues, a partir del 1998 se separa al hogar Hermelinda Carrera de Santa Margarita y comienza la vida de esta institución como un centro independiente.

En la presente investigación, las visitas se realizaron en los meses de agosto y octubre del 2015; al encontrarse en una zona cercana al mar, el clima es bastante hostil durante el invierno y el otoño limeños, caracterizados por la humedad y bajas temperaturas. Se evidenció con facilidad que la localización de Santa Margarita puede resultar problemática en cuanto a dos factores: 1) el clima es propicio para el deterioro de objetos y estructuras, 2) los espacios son disfuncionales e insuficientes cuando se les compara con la cantidad de adolescentes privadas de libertad (varias de ellas, madres o gestantes), sumado al personal, y las necesidades de ambos. Contrastando la información obtenida durante esta investigación junto con las observaciones de Pastor (2007) acerca de los espacios de Santa Margarita hace casi quince años, podemos identificarlos de la siguiente manera: puerta de acceso con salida a la Avenida La Paz, Distrito de San Miguel, Lima, patio de recepción, garita de control, jardín, tópico/enfermería, oficinas del equipo técnico-normativo, biblioteca, oficinas de educadoras sociales, patio central, cuarto para el cuidado de niños, servicios higiénicos, sala común, zona de lavandería, cocina y comedor, dormitorios y cuarto de ropa. Estas zonas se encuentran divididas entre un primer y segundo piso.

Durante las visitas se hizo evidente que el espacio resultaba insuficiente para albergar a 75 adolescentes entre 14 y 21 años con diversas necesidades, especialmente vinculadas al ejercicio físico. Como veremos más adelante, el tema de la alimentación, la medicación y el aislamiento son factores que contribuyeron al aumento de peso de las jóvenes, cosa que hizo que muchas desearan tener mayores espacios para la recreación física. A todo esto, debo de mencionar que algunas de las zonas del centro

no estaban recibiendo un uso debido, y por lo tanto eran disfuncionales, por ejemplo, el gimnasio, el cual, según las propias adolescentes, contaba con máquinas en desuso. Otra situación respecto a la deficiente situación de algunos espacios es el caso de los baños; resultados de esta investigación mostraron que en la segunda mitad del año 2015 solamente había una ducha disponible, por lo que las adolescentes debían de formar filas desde las tres de la mañana para poder acceder a dicho servicio. Finalmente, y este punto será ampliado en acápite posteriores, está la presencia de espacios de aislamiento donde eran enviadas las adolescentes que cometían graves infracciones disciplinarias.

Por otro lado, y aunque parezca un detalle insignificante, es interesante hacer una observación acerca de la estructura y acondicionamiento de estos espacios. Cosas como el exceso de cemento, la falta de áreas verdes y espacios amplios, así como la presencia de contrastante decoración “infantil” o “femenina”, puede ser visualmente impactante en cuanto rememora a los lugares tradicionales de privación de libertad, como cárceles y prisiones, caracterizadas por la falta de espacios de recreación y el aparente exceso de zonas dedicadas a la vigilancia y a la administración. En ese sentido, los hallazgos de la etnografía realizada durante el año 2015, materia de la presente investigación, concluye que los ambientes del Santa Margarita son inadecuados para el proceso de resocialización que se pretende conseguir mediante la privación de libertad de niñas y adolescentes.

Esta información es totalmente coherente con los hallazgos que se encontraron los años posteriores. Al respecto, y como mencioné, la labor del Mecanismo Nacional de Defensa contra la Tortura es de vital importancia, en cuanto se trata de un organismo especializado en casos de privación de libertad y las condiciones en las cuales esta se desarrolla. Vayamos por partes, es decir, desde sus primeros hasta los últimos informes anuales que contienen estados de la cuestión actualizados respecto a las condiciones de internamiento de las personas privadas de libertad. El primer informe, referente al mes de mayo 2017, desafortunadamente, no versa sobre el tema de las adolescentes privadas de libertad. Sin embargo, esto cambia en los siguientes años.

El Segundo Informe Anual del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura del mes de junio de 2018 y en cuya elaboración tuve la oportunidad de participar en la modalidad de voluntaria, analiza plenamente las condiciones físicas de Santa Margarita, además de tocar otros elementos trascendentales acerca del desarrollo de las adolescentes. Las conclusiones durante este año determinan que, con una población de

93 jóvenes y una capacidad de albergue para 88, se calculó una sobrepoblación de 5.68% que, si bien no llega a ser alarmante, sí requería un seguimiento ante el riesgo de aumentar (MNPT, 2018, p. 824). Quiero rescatar de esta sección del informe una frase bastante contundente, y es que “el hecho de que la capacidad del Centro Juvenil sea conforme con la población no implica que las condiciones sean óptimas, y que haya camas suficientes para las personas recluidas, sin espacio ni intimidad para los mismos” (2018, p. 85). ¿Por qué hago este énfasis? Durante la investigación del año 2015 la cantidad de adolescentes era mucho menor a la del año 2018, sin embargo, no existían espacios suficientes como calificar su cotidianeidad como justa o de acuerdo a ley.

El Tercer Informe Anual del MNPT, fecha mayo de 2019, narra el regreso del equipo a Santa Margarita con el fin de revisar las anteriores recomendaciones y encontrar nuevos hallazgos respecto a las condiciones de vida de las adolescentes. La población pasó de 93 a 92 y, en los hallazgos reiterativos, se detectó que el problema de hacinamiento en los ambientes de habitación y servicios higiénicos no había sido solucionado, por lo que las adolescentes manifestaron “que consideraban que no había privacidad en las duchas debido a que algunas no tenían cortinas o la puerta malograda” (MNPT, 2019, p. 28) y que “existe hacinamiento en su dormitorio ya que el espacio del mismo es muy reducido para el número de personas que lo habitan” (2019, p. 27). En ese sentido, reitero la observación anterior respecto a la diferencia entre estar dentro de los límites de aforo y tener una buena calidad de vida. Finalmente, el Cuarto Informe Anual del MNPT reitera la misma problemática, afirmando que existe sobrepoblación y falta de privacidad en Santa Margarita (2020, p. 45), por lo que las recomendaciones relacionadas a mejor infraestructura siguieron en estado de no implementación.

De manera más reciente, contamos con el reciente informe del Programa Nacional de Centros Juveniles (PRONACEJ) publicado este año: “¿Cómo están los Centros Juveniles? Resultados de la encuesta aplicada a las y los adolescentes que ejecutan medida socioeducativa de internación o internación preventiva en los centros juveniles de Lima”. El recojo de información se realizó in situ durante el periodo agosto – setiembre 2022. El PRONACEJ entrevistó a 88 adolescentes del CJDR Santa Margarita y se les hicieron preguntas sobre las condiciones sociales y familiares, situación de la infracción penal, condiciones de vida, rol de las instituciones y expectativas de vida.

En cuestión de estructura y organización, podemos ver claros elementos de un modelo tradicionalmente incapacitador. Como mencioné en capítulos anteriores, la base

de la incapacitación como modelo punitivo se basa en el límite y la restricción de las libertades del sujeto (usualmente hablamos de la libertad ambulatoria), con la expectativa que dicha inmovilización parcial o total pueda prevenir la comisión de delitos futuros. Como hemos visto anteriormente y como veremos más adelante, este modelo puede coexistir y, de hecho, coexiste con otros en el caso de Santa Margarita. Sin embargo, de manera preliminar, podemos detectar que la privación de libertad y las descuidadas condiciones del lugar (hacinamiento, espacios disfuncionales, entre otros) hacen referencia a espacios dedicados únicamente a la neutralización de las adolescentes. La incapacitación como modelo punitivo, coherente con las teorías de prevención especial negativa, necesita cumplir una serie de requisitos para poder respetar la esfera de derechos fundamentales de los sujetos que acoge, en este caso, las adolescentes privadas de libertad.

Respecto al ambiente físico donde permanecen privadas de libertad, existen disposiciones tanto de orden nacional como internacional que regulan las condiciones del mismo. Si comenzamos por lo que dispone el ordenamiento jurídico peruano, podemos encontrar el Código Penal Adolescente: en su artículo 177, inciso 2, se indica que todo y toda adolescente tiene derecho a “ser internado en ambientes adecuados, que posibiliten una convivencia digna y segura.” Por lo revisado hasta el momento, podemos concluir que este no es el caso de Santa Margarita, en cuanto el hacinamiento y los espacios que no proporcionan una debida privacidad son contrarios al objetivo de una debida convivencia, sobre todo cuando tomamos en cuenta que este grupo etario se caracteriza, como se ha mencionado anteriormente, por la búsqueda de espacios en donde puedan desarrollar sus personalidades y dudas acerca de la vida de manera segura. Por otro lado, tenemos las reglas y disposiciones de carácter internacional que regulan las condiciones en las cuales las adolescentes deben cumplir su tiempo de privación de libertad. Las características físicas del centro que he descrito hasta el momento se encuentran en evidente disonancia con nociones como el bienestar, la dignidad, la salud y, por supuesto, el interés superior del niño, concepto que ya he descrito en acápite anteriores.

CUADRO NRO. 21

FALTAS A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES ORIGINADOS EN LAS CONDICIONES FÍSICAS DEL CENTRO SANTA MARGARITA

Origen	Artículo	Texto
Convención de 1989	3.2	Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los

		derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
	3.3	Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.
	37.C	Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
	40.1	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 acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.
Reglas de La Habana	12	La privación de la libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores. Deberá garantizarse a los menores recluidos en centros el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad.
	31	Los menores privados de libertad tendrán derecho a contar con locales y servicios que satisfagan todas las exigencias de la higiene y de la dignidad humana.
	32	El diseño de los centros de detención para menores y el medio físico deberán responder a su finalidad, es decir, la rehabilitación de los menores en tratamiento de internado, teniéndose debidamente en cuenta la necesidad del menor de intimidad (...)
Reglas de Bangkok	5	Los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación.
Directrices de Riad	1.5.d	d) La protección del bienestar, el desarrollo, los derechos y los intereses de todos los jóvenes;

Fuente: Elaboración propia

Ahora bien, como puede apreciarse, estas faltas transgreden una serie de derechos que están protegidos en nuestro sistema constitucional. Considero que el primero de ellos, consecuencia directa de la situación de hacinamiento, es la vulneración al derecho a la integridad psíquica, la cual hace referencia al “cuidado de todos los atributos emocionales e intelectuales de la persona” (Rubio et al, 2011: p. 119) y la intimidad, entendida como “la libertad del individuo para conducirse en determinados espacios y tiempo, libre de perturbaciones ocasionadas por terceros, así como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados” (p. 347). Precisamente, desde ramas como la psicología ambiental, se puede ver que el espacio y su administración está estrechamente vinculado con conceptos como la privacidad y el espacio persona, los cuales, a su vez, están relacionados con la autoprotección, y la comunicación y regulación de la intimidad (Chávez, 2020, p.23). Además del hacinamiento, tenemos la ya mencionada mala administración de espacios y características carcelarias del diseño arquitectónico. Estos ambientes son propicios para la aparición de sentimientos negativos como el abandono y el aislamiento.

El día sábado 26 de septiembre de 2015 alrededor de las tres de la tarde, tuve la oportunidad de tener mi primer contacto con los ambientes de Santa Margarita. Tras una misa católica de asistencia obligatoria para todas las adolescentes, tuve la oportunidad de conversar con una de ellas, Frida:

Mientras conversábamos, algunas de ellas se habían cubierto con sábanas muy delgadas y apoyaban sus pies una encima de la otra, intentando calentarse y protegerse de la fría brisa que venía del océano. Frida dijo que sería buena idea preguntarme cómo se encontraba el clima ya que yo podía por lo menos observar el cielo; las habitaciones no tenían ventanas y el patio estaba casi totalmente cubierto, así que era imposible para ellas saber si el cielo estaba descubierto o si había salido el sol. Les comenté que hacía poco había habido un terremoto en Chile. Frida, medio en serio y medio en broma, dijo que, si hubiese un terremoto aquí, los guardias y todos escaparían por la puerta principal, dejándolas a que se ahogasen en sus habitaciones. “Madre, si lees en las noticias que todas morimos después del tsunami, por favor vaya a prenderme una vela... ¡Y de paso una bolsa de pan!” bromeó (...)⁵⁴

Existe, pues, una relación entre el sentimiento de soledad, aislamiento y abandono y la estructura y funcionalidad de los espacios. Parece un detalle trivial, pero la verdad es que la relación entre arquitectura, diseño y situación de los privados de

⁵⁴ Cuaderno de visitas. Anexo 2.

libertad ha sido ampliamente estudiada. Algunos ejemplos son Fridhov y Grønning (2018), quienes hacen una fascinante relación entre política, ideología penal y arquitectura en cuanto a la construcción de prisiones; en el caso de las prisiones, analizan cuatro edificios diferentes y forman los modelos panóptico, industrial, progresivo y “de lujo” como algunos ejemplos de su premisa (p. 273-280). De igual manera tenemos un fascinante trabajo de Söderlund y Newman (2017) quienes insisten en relación que existe entre la salud mental de los prisioneros y los espacios de naturaleza en las prisiones (en concreto, los diseños biofílicos), así como el papel que ocupan estos en los procesos restaurativos (p. 767). Finalmente, está un reciente trabajo de St. John, Blount-Hill y Allard (2019) que estudia la eficacia de los servicios de rehabilitación en prisiones a partir del espacio, diseño y entorno (space, layout, setting) del centro correccional. ¿Qué nos dice, pues, el diseño de Santa Margarita? Como mencioné en líneas anteriores, el diseño y organización de los espacios de este centro son compatibles con una visión incapacitadora, y, a mi parecer, incompatibles con una orientación restaurativa, en cuanto estos, en primer lugar, se han vuelto lugares propicios para el hacinamiento y la aparición de sentimientos de soledad y abandono y, en segundo lugar, no están gestionados de tal manera que puedan utilizarse para actividades recreativas constantes y que satisfagan las necesidades de las adolescentes.

Es interesante notar cómo el hacinamiento y la mala administración de espacios resulta ser algo común en los centros de privación de libertad. En ese sentido, quisiera remarcar que el propio Tribunal Constitucional (2014) ha declarado que existe un estado de cosas inconstitucional respecto al hacinamiento de los centros penitenciarios (EXP. N.º 05436-2014-PHC/TC). El razonamiento podría extrapolarse e inclusive enfatizarse en el caso de las adolescentes, tomando en cuenta que no solo se trata de una población vulnerable por motivos de género y edad, sino porque la discriminación para los niños en cuanto a la protección de sus necesidades y debido cuidado está prohibida tanto por la Convención de 1989 como por el Pacto Internacional de Derechos Civiles, Civiles y Políticos en su artículo primero.

Hasta este momento, podemos llegar a la conclusión que las características físicas de Santa Margarita, las cuales brillan sobre todo por la disfuncionalidad de sus espacios y el hacinamiento, son compatibles con un modelo predominantemente incapacitador que se concentra únicamente en la neutralización de los sujetos y su separación de la sociedad con el fin de evitar que estos cometan más infracciones a la ley penal y, por otro lado, mantener a la comunidad a salvo de los mismos. Como hemos

visto en capítulos anteriores, el aislamiento como propósito del sistema punitivo tiene larga data y ha sido duramente criticado ya que se cree, incorrectamente, que su separación de la sociedad equivale al fin de la actividad delictiva. En el caso de Santa Margarita, sin embargo, la neutralización de las adolescentes mediante su privación de libertad viene acompañada de otros mecanismos que regulan su vida cotidiana y busca nutrirse de otros modelos punitivos que hemos visto a lo largo de esta investigación. Dicho esto, a continuación, pasaré a desarrollar los hallazgos encontrados respecto a las adolescentes privadas de libertad como colectivo.

4.2 Condiciones de las adolescentes privadas de libertad en el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita

4.2.1 Características generales

En principio, las adolescentes de Santa Margarita se encuentran organizadas en cuatro programas, los cuales son diferenciados entre sí por colores y por el comportamiento que tiene cada joven en el día a día. Es decir, se les separa debido a los problemas de conducta que hayan podido presentar. Como se mencionó en un trabajo anterior, hay un aproximado de 20 adolescentes por programa (Chávez et al, 2015, p. 3) y el programa número uno es aquel que presente la mayor cantidad de incidentes. Esta separación también puede verse al momento de distribuir físicamente a las adolescentes, pues cada programa cuenta con su propia habitación en el segundo piso. Ahora bien, he mencionado anteriormente que al momento de la investigación el centro contaba con 75 adolescentes, cantidad que solo ha ido aumentando con los años.

Sin embargo, algo notorio respecto a la población de adolescentes y que luego fue confirmado por el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura fue la heterogeneidad del grupo. Efectivamente, estamos hablando de un colectivo de adolescentes de distintas y diversas características, desde su lugar de origen hasta su orientación sexual. En ese sentido, el Mecanismo antes mencionado realiza, en el año 2018, una identificación de la población de Santa Margarita según grupos vulnerables, en donde considera a la población indígena, la población LGBTIQ+ y las personas con discapacidad. En ese sentido, tenemos las siguientes cifras hasta aquel año:

CUADRO NRO. 22

POBLACIÓN DE SANTA MARGARITA SEGÚN GRUPOS VULNERABLES

Lugar supervisado	Población total al día de la revisión	Población Indígena		LGBTI		Personas con discapacidad	
CJDR Santa Margarita	90	0	16	0	10	0	9

Fuente: Supervisión febrero-marzo 2018

Elaboración: Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura

Lo que puede evidenciarse es que Santa Margarita, al igual que otros centros de privación de libertad que fueron supervisados el mismo año, no contaba con un registro de adolescentes que pertenezcan a poblaciones vulnerables, lo cual representa un obstáculo para la protección de sus derechos. Como bien se sabe, estos colectivos tienen una serie de necesidades y carencias que son el resultado de motivos estructurales en determinada sociedad, la cual no valora positivamente algunas de sus condiciones, como puede ser el sexo, género, origen étnico, entre otros. El no tener un registro de estos grupos no es otra cosa que una proyección de un problema mucho más general, que es la invisibilidad de los colectivos ante el Estado: la privación de libertad por sí misma ya representa una condición de vulnerabilidad, la cual, unida a otro tipo de contextos, puede causar situaciones de vulneración de derechos humanos. Los resultados exhibidos en esta investigación, así como en los informes posteriores del MNPT, solo confirmaron esta realidad. Es importante mencionar que este registro fue implementado finalmente en el año 2019 y, al parecer, abandonado nuevamente en el año siguiente.

Además de la organización propuesta por la propia institución y como cualquier otro grupo humano que debe coexistir, las adolescentes se dividen en pequeñas células donde hay figuras de liderazgo, usualmente en concordancia con la organización en programas. No obstante, durante este trabajo etnográfico no obtuve evidencias que el trato entre las adolescentes fuera hostil y que estas divisiones dificultaran considerablemente la convivencia. Desde la primera visita se puede notar que se ha formado una suerte de estructura que busca ser reminiscente a la familia. Por ejemplo, las adolescentes suelen referirse a las demás con el término “hermana”, y utilizan “madre” para describir a las mujeres visitantes. Este último término no es utilizado hacia las cuidadoras, a pesar de ser mujeres mayores, sino que son referidas por sus nombres.

Hay dos observaciones que hacer al respecto. La primera es que el uso de este lenguaje tiene mucho sentido cuando se toma en cuenta que Santa Margarita es el único

centro en su tipo para adolescentes mujeres en conflicto con la ley penal y que, como es evidente, no todas ellas provienen de la capital. Ante la ausencia de la familia biológica, el lenguaje utilizado demuestra que, durante la privación de libertad, se crean nuevos vínculos que se asemejan a esta figura. Sin embargo, y como toda familia, estos vínculos no son siempre pacíficos. Durante la segunda visita a Santa Margarita pude presenciar un leve conflicto entre dos adolescentes que deseaban tomar el control remoto en la sala de esparcimiento del primer piso. La pelea fue intervenida por una de las cuidadoras. La segunda observación tiene que ver con estas últimas. Como mencioné en un principio, ellas no son referidas como “*madres*”, sino por sus propios nombres, lo cual demuestra que dentro de esta estructura que podríamos llamar *familia alternativa*, las cuidadoras no ocupan un papel que cuenta con una carga emocional. Este tratamiento, algo distante, cobra sentido cuando se analizan los resultados etnográficos en cuanto a control y disciplina, los cuales demuestran que muchas veces la noción que tienen las adolescentes de las cuidadoras, como figuras de poder y autoridad, son negativas.

A manera de observación, considero que la relación entre adolescente y cuidadora es importante no solo en términos de convivencia sino para efectos de la medida socioeducativa en sí. Pareciera ser un tema bastante intuitivo y de poca importancia, sin embargo, ha sido estudiado en diversas ocasiones. Quisiera resaltar el trabajo de Brown, Fine y Cauffman (2020) acerca de cómo la visión que tiene el personal de centros correccionales para adolescentes influencia el tipo de convivencia que puede haber dentro del mismo. En ese sentido, tras una muestra diversa en cuestiones de etnia y género, los investigadores llegaron a la conclusión que una visión positiva del personal correccional era acompañada de una reducción de episodios violentos en las semanas subsiguientes, entre otros resultados. De igual forma, Mucho más antiguo, pero de similar importancia, está el trabajo de Peterson-Badali y Koegl (2002), el cual también explora los efectos que tiene este tipo de personal en el aumento o disminución de violencia entre adolescentes privados de libertad.

Como veremos más adelante, las adolescentes de Santa Margarita son diversas y tienen opiniones muy sólidas acerca de nociones como familia, justicia, futuro y, por supuesto, sobre sí mismas. Esta información será presentada en tres bloques de resultados: salud, educación y disciplina, en donde se mostrarán los resultados obtenidos durante el trabajo etnográfico, su relación con los modelos punitivos desarrollados hasta el momento y, finalmente, si es que se ha presentado la violación

de alguna disposición a nivel nacional o internacional respecto a la protección de los derechos fundamentales de las adolescentes privadas de libertad.

4.2.2 Hallazgos respecto a la salud

Los hallazgos encontrados en materia de salud durante el presente trabajo de investigación son, a grandes rasgos, negativos. Para comenzar, estoy tomando una noción de *salud integral* la cual es entendida como “el principio de que el ser humano es un todo integral física, emocional y espiritualmente hablando, de manera que daños en uno de estos ámbitos suelen afectar siempre los otros” (Rubio et al, 2011, p. 115). En ese sentido he decidido no separar el bienestar físico del psicológico, sino, muy por el contrario, tomar a la adolescente como una entidad completa en donde las distintas áreas de su bienestar se encuentran interconectadas y dependen una de la otra. En ese sentido, estas prácticas vulneran derechos protegidos por la Constitución, como son el de la integridad física, el bienestar, el desarrollo integral y la salud. Estos también se encuentran dentro del ámbito de protección del Código Penal Adolescente, la Convención de 1989 y directrices internacionales.

La primera visita de fecha sábado 26 de septiembre de 2015 ocurrió durante una misa, lo cual permitió una mejor observación de la casi totalidad de las adolescentes. Un elemento importante a notar es que se encuentran divididas en programas, los cuales se caracterizan por ciertos colores y por la complejidad de sus interacciones, es decir, aquellas que tienen más incidentes con las cuidadoras y problemas de conducta. Lo primero que salta a la vista es que los ambientes son de tamaños inadecuados para la cantidad de adolescentes privadas de libertad para ese momento, las cuales ascendían a 75. El patio contaba con un tamaño considerablemente pequeño para esta cantidad, un poco menor que una cancha de básquetbol, hecho que se acentuaba cuando se tomaba en cuenta la presencia de visitantes y del personal de la propia institución. Ya he mencionado anteriormente los detalles acerca de la estructura y distribución de ambientes.

Lo primero que me llamó la atención respecto a las adolescentes fue la vestimenta. Como mencioné, el clima del lugar donde se encuentra Santa Margarita puede ser bastante hostil en invierno debido a su cercanía con el mar, sin embargo, las adolescentes utilizaban prendas de polar similares a pijamas, medias y sandalias, las cuales, a primera impresión, resultaban insuficientes para protegerlas correctamente del frío. Es por ello que era bastante usual encontrar la presencia de mantas y cobijas en

los patios y también dentro de los ambientes comunes. Además, debido a la cercanía y confianza que han formado entre sí, muchas adolescentes optaban por abrazarse o acurrucarse para poder encontrar calor. Cabe mencionar, sin embargo, que las Reglas de La Habana tienen una disposición específica acerca de este tema⁵⁵ en donde establecen que las prendas utilizadas en este tipo de centros deben de elegirse de acuerdo al clima, que no deben ser humillantes ni degradantes y que, en la medida de lo posible, las adolescentes sean capaces de utilizar ropas propias. No se ha explorado empíricamente si es que existe un impacto negativo en el uso de informes que identifiquen a cada joven con determinado programa, por lo que no puedo hacer una conclusión respecto a esta particularidad. Finalmente, a pesar de haber señales que el código de vestimenta pudiera ser inadecuado durante el invierno, no hubo evidencia que representara un peligro inminente para la salud o la vida de las adolescentes.

Un segundo descubrimiento fue el tipo de alimentación. Durante la primera visita formé un grupo de conversación compuesto por Karen, Alma, Celeste, Frida, Kora y dos adolescentes más, quienes decidieron no participar. Todas contaban entre quince y diecisiete años de edad y tres adolescentes ya eran madres y contaban con niños fuera del centro, mientras una se encontraba actualmente embarazada de su segundo hijo. Entre diversos temas, las adolescentes comunicaron que estaban descontentas con la alimentación que se les proporcionaba, en cuanto estas se basaban en harina e infusiones sin sabor, cosa que las había llevado a subir de peso. Karen, Alma, Celeste, Frida y Kora estuvieron de acuerdo en que, desde su ingreso, habían subido alrededor de diez kilos. Las Reglas de La Habana, en su disposición 37, manda a las instituciones que cuenten con adolescentes privados de libertad, a mantener una alimentación que sea suficiente y coherente con la dietética, la higiene y la salud.

Ahora bien, esta queja debido a la subida de peso no es aleatoria ni mucho menos aislada. Me refiero a que viene acompañada de otras condiciones negativas que podrían haber llevado a las adolescentes a estar disconformes con su estado de salud. En principio, como mencioné, la falta de espacios para actividades recreativas y la disfuncionalidad de los espacios: contaban con un patio relativamente pequeño, un gimnasio que se encontraba fuera de uso y una biblioteca con libros de temática poco diversa. Si bien el cambio en la vida de un adolescente privado de libertad involucra

⁵⁵ 36. En la medida de lo posible, los menores tendrán derecho a usar sus propias prendas de vestir. Los centros de detención velarán porque todos los menores dispongan de prendas personales apropiadas al clima y suficientes para mantenerlos en buena salud. Dichas prendas no deberán ser en modo alguno degradantes ni humillantes. Los menores que salgan del centro o a quienes se autorice a abandonarlo con cualquier fin podrán vestir sus propias prendas.

también cambios en su salud como concepto integral, las disposiciones nacionales e internacionales disponen que el impacto sea lo menos traumático posible. Esta falta de espacios para realizar actividad física, sumada con una alimentación insuficiente, resultó en la situación descrita en los resultados.

Otro factor importante es el estado mental de las adolescentes privadas de libertad. Independientemente de si la aparición de desórdenes del estado de ánimo, especialmente la depresión, ocurrió previa o posteriormente al ingreso, lo cierto es que Santa Margarita no consigue brindar las condiciones adecuadas para el debido tratamiento y rehabilitación en este tema. Para comenzar, y como mencioné, las adolescentes tienen una imagen bastante negativa de sí mismas, en su mayoría, identificándose como personas que están pasando por una situación de abandono y aislamiento por parte de la sociedad. En diversas ocasiones, a lo largo de esta investigación, las jóvenes han hecho énfasis en sentimientos como el arrepentimiento y al autodesprecio. Ya he mencionado un episodio anteriormente, en donde Frida sucumbe ante la fantasía catastrófica de un desastre natural donde las autoridades del centro dejarían que se ahogasen.

Una conversación similar ocurre en la visita del sábado 24 de octubre, en donde se formamos un grupo compuesto por algunas adolescentes con las que ya había conversado previamente, Lucía, Laura, Jessica, Karla, Frida y tres que conocí ese mismo día, Karina, Mica y Maya. Durante la conversación comenzó a llover, lo que trajo a colación una conversación acerca de los huracanes que en aquel momento acontecían en México, ocasionando que el mar invadiera las costas. En este contexto, se dio la siguiente conversación:

Karina: ¿Es en serio lo del mar? ¿Y no hay forma que llegue acá hasta el Perú? Sería genial. Así el mar se sale y nos abren las puertas para escapar y podremos salir y correr hacia la calle.

Frida: Tú estás loca ¿No? Si el mar se sale todos se van y nos dejan acá a morir ahogadas ¿Tú que crees? ¿Qué nos van a dejar libres solo porque vamos a morir?

Karina: No nos pueden dejar morir...

Frida: Pues claro que pueden

Karina, quien había ingresado tan solo dos días antes y declaró estar “volviéndose loca por el aburrimiento”, recibió la conclusión de sus demás compañeras, quienes concordaron que, en caso de desastre natural, todas morirían “ahogadas,

sepultadas y olvidadas”. Podemos observar un grave problema de autodesprecio, lo cual está directamente conectado con una precaria autoestima. Ahora bien, sin ahondar demasiado en el aspecto psicológico y psiquiátrico del presente fenómeno, es importante recordar que la autoestima es una construcción de la psicología moderna que, en pocas palabras, se basa en la percepción que tiene un individuo acerca de sí mismo y cuyo deterioro se vincula con una serie de problemas a nivel emocional, especialmente la depresión y la depresión con ideaciones suicidas (Guindon, 2010, p.18). Este aspecto teórico es totalmente compatible con los resultados de esta investigación.

Noté, durante todas las visitas, que las adolescentes dormían en bancas y sillas, a veces desde mi llegada hasta el final de las sesiones, es decir, alrededor de tres horas. Logré entablar una relación bastante cordial y de confianza con Jessica. Durante la visita del 17 de octubre, tuvimos una larga conversación acerca de diversos temas, entre los que se encontraba el motivo detrás de este fenómeno. Su respuesta fue que una buena parte de las adolescentes tomaba pastillas (mencionó, en concreto, el clonazepam, benzodiazepina con propiedades sedantes) porque tenían problemas para dormir por las noches. Respecto al personal de salud, al momento de mi visita se contaba con un psiquiatra que asistía de manera intermitente y atendía durante cuatro horas. Este resultado debe ser contrastado con las evidencias recopiladas por el MNPT en visitas posteriores. En el Segundo Informe hay una sección dedicada únicamente al personal de salud en donde podemos encontrar las siguientes cifras:

CUADRO NRO. 23

**PERSONAL DE SALUD Y POBLACIÓN DE CADA LUGAR DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD
SUPERVISIÓN FEBRERO 2018**

Lugar supervisado	Número de población internada	Número de médicos	Número de psiquiatras
CJDR Santa Margarita	93	1	0

Fuente: Segundo Informe Anual

Elaboración: Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura

El informe también establece que la condición de las áreas de hospitalización se encuentra en regulares condiciones y que, junto con otros lugares supervisados, los tópicos de Santa Margarita no cuentan con las historias médicas de aquellas adolescentes que sufren de enfermedades psiquiátricas. Además, se tomaron

evaluaciones tanto físicas como mentales, concluyendo, en las primeras que, de las cuatro adolescentes que pasaron por dicho examen, cuatro se refirieron al consumo de drogas o alcohol y tres requerían de intervención psiquiátrica. En el caso del segundo tipo de evaluación, de las cuatro adolescentes examinadas, dos requerían atención psicológica y psiquiátrica, y dos padecían de trastornos disociales⁵⁶ (MNPT, 2018, p. 89-92). El siguiente año, los resultados tuvieron una pequeña mejora, en cuanto las adolescentes manifestaron al MNPT que el personal médico del tópico era suficiente, sin embargo, también aparece que se había implementado un nuevo programa de toxicomanía brindado por DEVIDA⁵⁷, el cual, al momento de la supervisión, no contaba con personal en la oficina y según las adolescentes, no visitaba el centro del psicólogo encargado desde hacía un mes (MNPT, 2019, p.29). El cuarto informe del año 2020 no menciona a detalle si se llegaron a solucionar estos problemas específicos.

Todo lo que he descrito en esta sección, hasta el momento, viola una serie de derechos fundamentales y de disposiciones nacionales e internacionales. En primer lugar, podemos notar una clara transgresión del derecho fundamental a la salud (referido como la obligación del Estado a reconocer el derecho del niño al disfrute más alto nivel posible de salud en el artículo 24). La salud, como ha determinado el Tribunal Constitucional, se puede entender tanto desde lo físico lo psíquico, están ambas interrelacionadas. La primera, según nuestro Tribunal Constitucional (2004) “se expresa en la preservación de las habilidades motrices, emocionales (...) asegura el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior” (Exp. N°2333-2004-HC-TC).

De igual forma, el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente establece en su artículo 172 que durante la ejecución de las medidas socioeducativas (en este caso, privativa de la libertad) los adolescentes tienen derecho a “la vida, la dignidad y la integridad física y moral” (numeral 1). Igual de importante, también se establece el derecho "a recibir los servicios de salud, educativos y sociales adecuados a su edad y

⁵⁶ "El Trastorno Disocial (TD) es un conjunto persistente de comportamientos que evolucionan con el tiempo; se caracteriza por comportamientos en contra de la sociedad (antisociales) que violan los derechos de otras personas, las normas y reglas adecuadas para la edad. Estas manifestaciones van unidas a una serie de situaciones familiares, sociales y escolares que las pueden iniciar o mantener: aunque aparecen en etapas infantiles, pueden continuar en la adolescencia y se extienden a la edad adulta" (Vásquez et al, 2010, p.11)

⁵⁷ La Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas es un Organismo Público Ejecutor, adscrito al sector de la Presidencia del Consejo de Ministros, encargado de conducir la Política Nacional Contra las Drogas al 2030 y constituirse en la contraparte nacional para todos los fondos de cooperación internacional destinados a la lucha contra las drogas. Sus funciones se encuentran reguladas por el Decreto Supremo N°120-2020-PCM

condiciones y a que se los proporcionen personas con la formación profesional requerida" (numeral 4). Esto último guarda coherencia con el artículo 177, en donde se menciona que, durante la internación, el adolescente tiene derecho "a recibir los servicios de salud, educativos y sociales, de acuerdo a su edad, sexo, características, circunstancias y necesidades personales" y que "los servicios de salud deben prestar las atenciones necesarias cuando se trate de adolescente infractor" (numeral 4). El siguiente cuadro puede ayudar a resumir las transgresiones a las disposiciones nacionales e internacionales de manera mucho más didáctica:

CUADRO NRO. 24

FALTAS A LAS DISPOSICIONES NACIONALES E INTERNACIONALES ORIGINADOS EN LOS HALLAZGOS RESPECTO A LA SALUD EN EL CENTRO SANTA MARGARITA (2015)

DISPOSICIONES NACIONALES		
Origen	Artículo	Texto
Código de Responsabilidad Penal de los Adolescentes	150.2:	Los derechos a la educación y formación profesional, así como los de salud de los adolescentes no pueden ser limitados o suspendidos en la ejecución de la medida socioeducativa.
	168.2	Los adolescentes reciben los cuidados, la protección y la asistencia necesaria, ya sea social, educacional, profesional, psicológica, médica o física, en atención a su edad, sexo y personalidad y en interés de su adecuado desarrollo.
	177.1.4:	A recibir los servicios de salud, educativos y sociales, de acuerdo a su edad, sexo, características, circunstancias y necesidades personales, en igualdad de oportunidades, sin discriminación por razones de sexo, identidad de género u orientación sexual. Los servicios de salud deben prestar las atenciones necesarias cuando se trate de adolescente infractor
DISPOSICIONES INTERNACIONALES		
Origen	Artículo	Texto
Convención de 1989	3.2	Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
	3.3	Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.
	27.1	Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
Reglas de La Habana	II.12	La privación de la libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores. Deberá garantizarse a los menores recluidos en centros el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad.

C.36	En la medida de lo posible, los menores tendrán derecho a usar sus propias prendas de vestir. Los centros de detención velarán porque todos los menores dispongan de prendas personales apropiadas al clima y suficientes para mantenerlos en buena salud. Dichas prendas no deberán ser en modo alguno degradantes ni humillantes. Los menores que salgan del centro o a quienes se autorice a abandonarlo con cualquier fin podrán vestir sus propias prendas.
C.37	Todos los centros de detención deben garantizar que todo menor disponga de una alimentación adecuadamente preparada y servida a las horas acostumbradas, en calidad y cantidad que satisfagan las normas de la dietética, la higiene y la salud y, en la medida de lo posible, las exigencias religiosas y culturales. Todo menor deberá disponer en todo momento de agua limpia y potable.
F.47	Todo menor deberá disponer diariamente del tiempo suficiente para practicar ejercicios físicos al aire libre si el clima lo permite, durante el cual se proporcionará normalmente una educación recreativa y física adecuada. Para estas actividades, se pondrán a su disposición el terreno suficiente, las instalaciones y el equipo necesarios. Todo menor deberá disponer diariamente de tiempo adicional para actividades de esparcimiento, parte de las cuales deberán dedicarse, si el menor así lo desea, a desarrollar aptitudes en artes y oficios. El centro de detención deberá velar porque cada menor esté físicamente en condiciones de participar en los programas de educación física disponibles. Deberá ofrecerse educación física correctiva y terapéutica, bajo supervisión médica, a los menores que la necesiten.
H.49	Todo menor deberá recibir atención médica adecuada, tanto preventiva como correctiva, incluida atención odontológica, oftalmológica y de salud mental, así como los productos farmacéuticos y dietas especiales que hayan sido recetados por un médico. Normalmente, toda esta atención médica debe prestarse cuando sea posible a los jóvenes reclusos por conducto de los servicios e instalaciones sanitarios apropiados de la comunidad en que esté situado el centro de detención, a fin de evitar que se estigmatice al menor y de promover su dignidad personal y su integración en la comunidad
H.51	Los servicios médicos a disposición de los menores deberán tratar de detectar y tratar toda enfermedad física o mental, todo uso indebido de sustancias químicas y cualquier otro estado que pudiera constituir un obstáculo para la integración del joven en la sociedad. Todo centro de detención de menores deberá tener acceso inmediato a instalaciones y equipo médicos adecuados que guarden relación con el número y las necesidades de sus residentes, así como personal capacitado en atención sanitaria preventiva y en tratamiento de urgencias médicas. Todo menor que esté enfermo, se queje de enfermedad o presente síntomas de dificultades físicas o mentales deberá ser examinado rápidamente por un funcionario médico.
H.53	Todo menor que sufra una enfermedad mental deberá recibir tratamiento en una institución especializada bajo supervisión médica independiente. Se adoptarán medidas, de acuerdo con los organismos competentes, para que pueda continuar cualquier tratamiento de salud mental que requiera después de la liberación
H.54	Los centros de detención de menores deberán organizar programas de prevención del uso indebido de drogas y de rehabilitación administrados por personal calificado. Estos programas deberán adaptarse a la edad, al sexo y otras circunstancias de los menores interesados, y deberán ofrecerse servicios de desintoxicación dotados de personal calificado a los menores toxicómanos o alcohólicos
Reglas de Bangkok	12 Se pondrán a disposición de las reclusas con necesidades de atención de salud mental, en prisión o en un entorno no carcelario, programas amplios de atención

		de salud y rehabilitación individualizados, que tengan en consideración las cuestiones de género y estén habilitados para el tratamiento de los traumas.
--	--	--

Fuente: Elaboración propia

Tras la observación del cuadro y de la información dispuesta hasta el momento, podemos llegar a la conclusión que, efectivamente, los resultados respecto a salud en Santa Margarita son en su mayoría negativos y que no operan de acuerdo a los estándares nacionales ni internacionales. El desarrollo del contenido de la Convención sobre Derechos del Niño y las Reglas de La Habana y Bangkok evidencian que hay un interés bastante contundente por garantizar el bienestar integral del adolescente, haciendo énfasis en la eficiencia y especialización de los servicios de salud. Como hemos visto en acápites anteriores, el espíritu de estas reglas de orden nacional e internacional tienen el propósito de proteger al adolescente bajo el principio rector del interés superior del niño. Al tomar la definición de Eekelaar, parto de la idea que lo que se busca es asegurar que este pueda desarrollarse hasta a la adultez con la posibilidad de tomar decisiones y que reflejen su autonomía. Los resultados revisados hasta el momento demuestran que, bajo estas condiciones respecto a la salud, no se está velando por el interés superior de las adolescentes de Santa Margarita.

Sin embargo, hay un detalle importante. Este es solo uno de los tantos ejemplos que encontraremos en el presente trabajo donde la autoridad utiliza un medio aparentemente coherente pero que, en la práctica, es disonante con su propósito, causando más perjuicios que beneficios. Esta lógica puede aplicarse tanto al análisis desde los modelos punitivos como a uno desde el interés superior del niño. Como mencioné, la doctrina ya ha observado la posibilidad que, bajo este derecho y principio, se cometan actos de abuso y arbitrariedad que solo perjudiquen a los adolescentes en cuestión. En ese sentido, tenemos las siguientes conductas que se caracterizan por formar parte no solo de una política que busca priorizar al niño y al adolescente, sino que son compatibles con el modelo rehabilitador. A saber:

CUADRO NRO, 25

DISONANCIA ENTRE MEDIOS Y REALIDAD DESDE LOS MODELOS PUNITIVOS EN LOS HALLAZGOS SOBRE SALUD

Medio	Finalidad	Hallazgo	Disonancia
Visitas por parte de psicólogos	Proporcionar a las adolescentes de apoyo psicológico	El personal es insuficiente	Estos medios son compatibles con el modelo rehabilitador, a su vez

Asignación de medicación	Proporcionar a las adolescentes de tratamiento psiquiátrico	El personal y sus respectivas visitas son insuficientes para la cantidad de adolescentes que requieren ayuda	relacionado con la teoría preventivo especial negativo) en donde se busca tratar los problemas específicos de las adolescentes con el fin de corregirlos. Sin embargo, los hallazgos demuestran que estas finalidades no se han cumplido de manera eficiente, lo cual demuestra que la realidad es más compatible con un modelo incapacitador, concentrando en la neutralización física de las adolescentes.
Instalación de programa de toxicomanía	Proporcionar tratamiento a las adolescentes con problemas de dependencia a sustancias	Personal insuficiente y abandono del programa	

Fuente: Elaboración propia

A diferencia de los hallazgos con respecto al medio físico, aquí podemos apreciar que parece haber una convivencia entre un modelo rehabilitador y un modelo incapacitador; sin embargo, al momento de la ejecución, predomina el segundo. Mientras que la arquitectura y la administración de los espacios eran plenamente compatibles con la incapacitación, sin mostrar espacio alguno para características de otros modelos (como sería, por ejemplo, áreas verdes dedicadas a la recreación), en este caso encontramos una disonancia entre dos modelos ya desarrollados a lo largo de esta investigación.

Prácticas como la atención psicológica y psiquiátrica, el uso de medicación y la implementación de programas contra la drogadicción son intervenciones coherentes con los modelos patológicos de la rehabilitación que surgen a principio de siglo y que, como mencioné, son un resultado de la ineficacia de otras prácticas rehabilitadoras como el trabajo forzado y el silencio, ambas totalmente incompatibles con nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, los modelos rehabilitadores en la actualidad ya no se orientan a una noción general de patologías psicológicas y psiquiátricas, sino que están concentrados en factores de riesgo específicos e individualizados. En ese sentido, algunas tendencias actuales se basan en la Terapia Familiar Funcional y la Terapia Multisistémica, dirigidos a identificar el papel que tienen ciertos agentes de control informal sobre los adolescentes infractores, como es la familia, el vecindario y la escuela.

No obstante, los resultados en Santa Margarita indican que, desde el punto de vista de los medios, las prácticas detectadas no solo son compatibles con el modelo

rehabilitador, sino que esta compatibilidad se dirige hacia los modelos clínicos; como hemos visto en acápites anteriores, estos, por sí mismos, son criticados por la subjetividad y falta de consistencia de los profesionales de la salud mental, además de un escaso poder predictivo. No desacredito la importancia del tratamiento y la intervención de este tipo, pero sí observo que por sí mismos y presentados de manera inestable, tienen poca o nula importancia.

Desde el punto de vista de los objetivos, estas medidas compatibles con el modelo rehabilitador caen por su propia inconsistencia. Cuentan con personal insuficiente, cuyo nivel de capacitación o especialización en adolescentes infractores se desconoce, medicación que parece ser distribuida de manera constante y sin un debido seguimiento, la falta de intervenciones debidamente individualizadas e incluso la ausencia de historias médicas debidamente organizadas, son todas manifestaciones de un fracaso en los objetivos y fines. Considero que esta disonancia solamente refuerza la conclusión de la primera sección de los resultados según la cual, hasta el momento, vemos que las políticas dentro de Santa Margarita son compatibles con un modelo predominantemente incapacitador. Este, al fin y al cabo, es también una manifestación de una inadecuada y desproporcional ejecución del interés superior del niño y que culmina en la transgresión de una serie de derechos fundamentales y estándares internacionales, como hemos visto hasta el momento. Con esta conclusión, pasaré a la siguiente sección de hallazgos, la cual está orientada hacia la educación y el trabajo.

4.2.3 Hallazgos respecto a la educación

Aunque breve, considero que este acápite es muy importante por un motivo en particular, y eso es que evidencia la importancia de la religión en la formación de las adolescentes infractoras en Santa Margarita. Los hallazgos demuestran que existen nociones muy fuertes acerca de temas como la feminidad, sexualidad, el amor y el éxito, las cuales probablemente se vean reforzadas, para bien o para mal, por el propio sistema de la institución. Por otro lado, también existen hallazgos mucho más específicos acerca de las condiciones de la escuela y el tipo de educación y oportunidades de formación recibidas.

En principio, y como mencioné, las visitas a Santa Margarita fueron posibles gracias a la Asociación Kawsasun-Vivamos, la cual se encarga de difundir una cultura de paz, especialmente con los adolescentes en conflicto con la ley penal. Desde el año 1998, su trabajo ha consistido en conectar a la sociedad y a este grupo mediante

diversas actividades, como donaciones, visitas y proyectos que permiten a los y las adolescentes tener un contacto saludable, positivo y fraterno con la sociedad. La espiritualidad también cumple un papel importante en las actividades de esta asociación, cosa que resulta coherente con los valores de Santa Margarita, en donde la religión y, en particular, el catolicismo, cuenta con protagonismo en la cotidianidad de las adolescentes.

Durante la primera visita el día sábado 26 de septiembre de 2015, mi primer contacto con las adolescentes de Santa Margarita fue verlas participar de una misa de asistencia obligatoria, la cual fue seguida de otras actividades, como las conversaciones grupales y la narración de cuentos. Las interacciones entre el culto religioso y de las adolescentes era variante: algunas mostraban estar muy interesadas en el sermón, mientras otras optaban por ponerse de pie, hablar entre ellas o dormirse, conductas que eran meritorias de llamadas de atención por parte de las cuidadoras.

En el transcurso del intercambio que tuve con el grupo que se me asignó, tocamos el tema de la religión. Karen me preguntó si creía en el cielo y el infierno, y Celeste, otra adolescente del grupo, contó que cuando aún tenía una relación con el padre de su hijo, había realizado un pacto con Satanás y que dicha conducta solo terminó tras hablar con un pastor. El impacto de esta experiencia fue tal, que aseguró ser acosada por un monstruo con cuernos de toro, rostro de lobo y cuerpo de hombre por las noches. Desde aquel entonces, la religión ocupaba un espacio importante en su vida. En esa misma sesión las adolescentes me comentaron que rezar y participar de cultos religiosos es parte de su cotidianidad y que, además de recibir clases y dormir, es una actividad que ocupa la mayor parte de su día.

La revisión histórica de los modelos rehabilitadores nos muestra que en un principio la religión formaba un papel primordial en el tratamiento que se le daba a los privados de libertad y, en específico, a los niños, niñas y adolescentes durante los primeros sistemas correccionales. Ahora bien, el espíritu de esta investigación también nos lleva a analizar el papel que ocuparon y que ocupan este tipo de elementos en el tratamiento de las adolescentes. En ese sentido, la religión y la espiritualidad no constituyen algo negativo; muy por el contrario, puede ser un gran apoyo y ocupar un papel importante en el proceso de rehabilitación. El papel del acompañamiento religioso en los privados de libertad ha sido estudiado ampliamente en diversos contextos, especialmente en las cárceles de varones. Algunos ejemplos son el fascinante trabajo de Yin (2022), sobre la concepción material de la religión en los prisioneros de Ankaful,

en Ghana, el trabajo de Kim y otros investigadores (2021) acerca del papel de la religión en Corea del Sur, el trabajo de Saranovic (2020) sobre el ejercicio de la libertad religiosa en las prisiones de Montenegro, entre otros.

Lee Ross (2021) hace un importante recuento de las conclusiones hacia las que se han llegado respecto al papel de la religión en lo que respecta a los sistemas penitenciarios. En ese sentido, “el papel principal de la religión en la corrección no es cambiar el comportamiento de un preso o reducir la reincidencia, sino amortiguar y prevenir una mayor pérdida de dignidad y humanidad de aquellos que son colocados en las condiciones inherentemente deshumanizantes de la prisión”, además “la religión no solo tiene el potencial de ofrecer un sólido sistema de creencias convencionales y un conjunto de amigos y conocidos prosociales, sino que también puede ofrecer una red de apoyo institucional” (p.1). Si bien el papel de la religión en las instituciones de adolescentes infractores e infractoras es algo relativamente inexplorado, soy de la opinión que la religión puede configurarse como algo positivo en los casos de este grupo en concreto, aportando un espacio de apoyo, comprensión, redención y perdón respecto a las acciones de uno mismo.

No obstante, debemos de tener cuidado respecto al protagonismo que ocupa la religión en las instituciones como Santa Margarita. Como mencioné, no existe un registro acerca de aquellas adolescentes que pertenecen a grupos vulnerables como las personas con discapacidad o los miembros de la comunidad LGBTIQ+, y, en el caso de la religión, tampoco hay índices del credo de las adolescentes de Santa Margarita. Es decir, no hay señales que la institución se haya preocupado por averiguar cuáles probablemente no hayan tomado una decisión respecto a la religión o se adhieran a otro sistema de creencias. Considero que esto último es un dato muy importante, pues demuestra que hay un mayor interés por difundir los contenidos del cristianismo que por averiguar, en detalle, las creencias religiosas de las adolescentes privadas de libertad.⁵⁸

En ese sentido, soy de la opinión que esta es una situación transgresora de derechos fundamentales, en particular, del derecho a la libertad de religión, la cual está consagrada en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución. Para Rubio, Eguiguren y Bernales (2010) este derecho “protege el conjunto de creencias y dogmas acerca de la divinidad” (p. 209) y, además, tiene dos dimensiones, una individual, respecto a la esfera

⁵⁸ Respecto a la religión en el Santa Margarita, se recomienda la lectura del trabajo de Osorio Papiny acerca del rol de las educadoras sociales en dicha institución, en donde se menciona la visita de pastorales católicas, cristianas y evangélicas.

de creencias de cada fiel, y una colectiva, la cual se refiere a la posibilidad de reunión, ejecución de culto y experiencias grupales dentro del mismo (p. 212). A partir de esto puedo afirmar que, en un escenario ideal, las adolescentes de Santa Margarita serían capaces de organizarse de acuerdo a sus creencias y tener todas las facilidades para realizar el culto de su preferencia o, de lo contrario, no participar de ninguno.

La libertad religiosa incluye tanto las creencias como los dogmas, y en ese sentido, también protege a aquellas personas que han decidido no profesar ni adherirse a alguna religión en particular. En ese sentido, los cultos católicos y las actividades como rezar durante el día deberían de ser totalmente voluntarias y no, como se vio en los hallazgos, una actividad obligatoria e institucionalizada. Lamentablemente no existen trabajos que profundicen en el respeto a la libertad religiosa de las adolescentes de Santa Margarita y los informes del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura durante los años 2019, 2020 y 2021 no mencionan información alguna respecto a este extremo.

Además de la fuerte presencia de la religión en la formación de las adolescentes, tenemos, en concreto, la situación del colegio y las nociones de educación, formación profesional y éxito que tienen las adolescentes. No debemos cometer el error de considerar estos últimos elementos como una nimiedad; muy por el contrario, es vital que la institución en donde se encuentran las adolescentes tenga conocimiento sobre las perspectivas e imaginarios que tienen ellas acerca de conceptos como el éxito profesional y el trabajo, e inclusive sobre sexualidad y feminidad. Creo que estos temas son transversales a la educación, en cuanto esta consiste no solamente de compartir conocimientos técnicos o científicos, sino también de dar aportes constructivos a la formación personal y moral de las adolescentes.

Durante la visita del día 26 de septiembre, mientras nos encontrábamos conversando en el grupo compuesto por Karen, Alma, Celeste, Frida, Kora y dos adolescentes más, se tocó el tema de las relaciones románticas y ellas llegaron al consenso que, en el caso de las parejas, la apariencia y el dinero es importante, pero lo es aún más que una mujer tenga diversas opciones sentimentales a su disposición. De igual forma, en la visita de fecha 24 de octubre se volvió a tocar el tema de sexualidad; Karla me tomó del brazo y me dijo que el padre de su hijo se encontraba en el Pabellón San Martín, sector del Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación de Lima conocido como “Maranguita”. Nuevamente, las adolescentes llegaron al consenso que el deseo y la nostalgia por sus antiguas parejas eran algunos de los temas favoritos al momento de

conversar y admitieron, con bastante transparencia, que la privación de libertad les ocasionaba una gran angustia debido a la imposibilidad de mantener relaciones sexuales con varones. Karina propuso que deberían dejarlas a solas con los internos de “Maranguita”, ante lo que las demás aseguraron que, de ser el caso, todas acabarían embarazadas:

Me preguntaron si había asistido a Maranguita, el centro para adolescentes infractores varones, a lo que contesté que pensaba hacerlo y que las visitas eran los días domingos. Karla me tomó del brazo y dijo que, si iba al pabellón San Martín, le mandara saludos al padre de su hijo. El tema de los internos varones es uno de los favoritos en Santa Margarita; todas las chicas del grupo me aseguraron que estaban en angustia, lo cual significaba que llevaban mucho tiempo sin mantener relaciones sexuales. “Sea quien sea” me dijo Frida en son de broma “Uno llega aquí y como estamos en angustia, simplemente chapamos y matamos”. Se refería a un intercambio sexual rápido y sin compromisos. Karina tuvo una idea y dijo que deberían dejarlas a todas solas con los internos cuando los llevaran de visita. Comenzaron a fantasear y dijeron que si eso pasara, probablemente la directora del centro encontrara a todas en bola pocos meses después. “Ni loca” repuso Karla agarrándose el vientre “Yo agarro aunque sea una bolsa, porque embarazada de mi segundo hijo no puedo salir”

Como lo he mencionado en acápite anteriores, no es posible hablar de las adolescentes infractoras sin tomar cuenta las necesidades particulares que poseen debido al hecho mismo de ser niñas y mujeres jóvenes. Sus experiencias deben de ser entendidas y estudiadas como *gendered experiences*, es decir, vivencias donde el género ocupa un papel primordial. En un ambiente de privación de libertad en donde hay una formación tradicional y conservadora, no existen muchos espacios seguros que permita a las adolescentes hablar de sexo y feminidad con la suficiente libertad, permitiéndoles el uso de sus propios términos e ideas al respecto, así como el compartir sus experiencias sin miedo a ser juzgadas o reprochadas. Esto último significa que la educación que reciben las adolescentes de Santa Margarita también debe de incluir temas como la reproducción, la salud sexual, los métodos anticonceptivos, entre otros. En referencia a este tema, quisiera adelantar que también hay mucho que decir respecto a las adolescentes que pertenecen al colectivo LGBTIQ+ y cuya experiencia requiere de una atención que lamentablemente no reciben, pero esto será explorado en el siguiente acápite.

Respecto a los conocimientos de naturaleza más técnica y tradicional, estos son compartidos en dos espacios: el primero es el colegio y el segundo, los talleres de

formación profesional que la institución ofrece. Respecto al primer espacio, durante la visita del día 17 de octubre, Jessica me comentó personalmente que el colegio se encontraba en malas condiciones y que contaba con una biblioteca donde no había mucha variedad de libros, siendo la mayoría de autoayuda u obras tan grandes que desmotivaban a las adolescentes. Durante esta visita fue que también se apuntó que “aquellas que han terminado el Colegio no reciben ningún tipo de instrucción académica posterior” (Chávez et al., 2015, p. 7), por lo que su formación puede verse paralizada. Esto es particularmente grave cuando vemos que la preparación de las adolescentes de Santa Margarita no es homogénea. Durante las visitas se evidenció que había jóvenes que no habían terminado sus años escolares, otras que se encontraban con cursos pendientes e, inclusive, una adolescente ya contaba con estudios universitarios en una reconocida casa de estudios de la capital. Esta realidad supera por completo las oportunidades de formación académica que ofrecía la institución en aquel momento, pues esta se limitaba a conocimientos de nivel universitario.

Por otro lado, en lo que respecta a los talleres, estos se limitaban a confecciones y tejido, manualidades, cosmetología, bisutería, gimnasia y educación física, de los cuales sólo se ejecutaban tres (confección, manualidades y bisutería) debido a la falta de espacio o herramientas. Llamó bastante la atención la diferencia entre los talleres de Santa Margarita y aquellos dictados en “Maranguita”, pues en aquel año los adolescentes privados de libertad contaban con talleres como música, electricidad, carpintería metálica, carpintería en madera, electrónica, mecánica de producción, entre otros. Podemos notar que hay una diferencia bastante grande entre ambos tipos de talleres y es imposible no asociar el primer grupo con actividades tradicionalmente entendidas como “femeninas”, mientras que el segundo se trataría de talleres asociados a la fuerza, la dureza y, por tanto, lo tradicionalmente “masculino”. En un escenario ideal, las adolescentes de Santa Margarita tendrían acceso a actividades igual de diversas que las de los jóvenes privados de libertad y que estuviesen, al mismo tiempo, orientadas al mercado laboral que se ofrece a personas de su edad y perfil. Lamentablemente, este no fue el caso.

Empero, el panorama mejoró con el paso del tiempo. Como mencioné con anterioridad, probablemente esta sea una de las secciones más rescatables en cuanto a mejoras, pues a diferencia de los hallazgos en caso de salud, los cuales no mostraron mejoría alguna, los informes del MNPT sí detectaron un progreso. Por ejemplo, en el informe del año 2019, esta institución detectó que las adolescentes consideraban que la cantidad de educadoras sociales era suficiente, habiendo aumentado dos más, a

diferencia del año anterior (MNPT, 2019, p. 29). No obstante, el mismo informe mostró que faltaba una debida capacitación de las educadoras sociales en cuanto a saber reconocer situaciones de abuso o agresión contra las adolescentes. Ahora bien, la preparación profesional y moral de las adolescentes ha ido mejorando con el paso de los años y esto ha sido gracias a que se han abierto más puertas a la participación de instituciones tanto públicas como privadas.

Estamos hablando, por ejemplo, de talleres de emprendimiento y educación financiera a cargo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (PRONACEJ: 2021), charlas motivaciones a cargo de la Corte Superior de Justicia del Callao en donde se tocaron temas desde el control de emociones hasta la iniciativa empresarial (Malqui: 2022), seminarios de protección de los derechos de adolescentes en conflicto con la ley penal y concursos de pintura y dibujo a cargo de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia (Poder Judicial: 2019), talleres de resiliencia, empatía, autonomía y capacidad de resolución de conflictos (PRONACEJ: 2021) por parte de la Gerencia de Seguridad Ciudadana de la Municipalidad Metropolitana de Lima y charlas sobre la autoestima y el amor propio a cargo de la asociación civil “Mujer Asertiva” (Ureta: 20210), entre otros. El hecho que durante los últimos años se hayan abierto las puertas de Santa Margarita a la cooperación de entidades públicas y privadas es una excelente noticia y un paso en la dirección correcta.

Habiendo presentado toda esta información, es importante hacernos dos preguntas: la primera es si las situaciones descritas son vulneradoras de derechos y disposiciones de orden nacional e internacional y, la segunda, es sobre su compatibilidad con uno de los modelos punitivos presentados a lo largo de la presente investigación. Respecto a la primera, efectivamente, algunos de los hallazgos descritos llegaron a ser transgresores, en concreto, del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, de las Reglas de La Habana, Reglas de Bangkok, Reglas de Beijing, Directrices de Riad y, por supuesto, de la Convención de 1989. El siguiente cuadro será bastante explicativo respecto a los detalles de estas vulneraciones:

CUADRO NRO. 26

FALTAS A LAS DISPOSICIONES DE ORDEN NACIONAL E INTERNACIONAL ORIGINADOS EN LOS HALLAZGOS SOBRE LA EDUCACIÓN EN EL CENTRO SANTA MARGARITA (2015)

DISPOSICIONES NACIONALES

Origen	Artículo	Texto
Código de Responsabilidad Penal de los Adolescentes	150.2:	Los derechos a la educación y formación profesional, así como los de salud de los adolescentes no pueden ser limitados o suspendidos en la ejecución de la medida socioeducativa.
	168.2	Los adolescentes reciben los cuidados, la protección y la asistencia necesaria, ya sea social, educacional, profesional, psicológica, médica o física, en atención a su edad, sexo y personalidad y en interés de su adecuado desarrollo.
	177.1.4:	A recibir los servicios de salud, educativos y sociales, de acuerdo a su edad, sexo, características, circunstancias y necesidades personales, en igualdad de oportunidades, sin discriminación por razones de sexo, identidad de género u orientación sexual. Los servicios de salud deben prestar las atenciones necesarias cuando se trate de adolescente infractor
DISPOSICIONES INTERNACIONALES		
Origen	Artículo	Texto
Convención de 1989	14.1	Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión
	28	Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho
Reglas de La Habana	38	Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera del establecimiento, en escuelas de la comunidad, y en todo caso, a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad, los menores puedan continuar sus estudios sin dificultad.
	39	Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera del establecimiento, en escuelas de la comunidad, y en todo caso, a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad, los menores puedan continuar sus estudios sin dificultad
	41	Todo centro de detención deberá facilitar el acceso de los menores a una biblioteca bien provista de libros y periódicos instructivos y recreativos que sean adecuados; se deberá estimular y permitir que utilicen al máximo los servicios de la biblioteca.
	42	Todo menor tendrá derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo
Reglas de Beijing	26.1	La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.
	26.4	La delincuente joven confinada en un establecimiento merece especial atención en lo que atañe a sus necesidades y problemas personales. En ningún caso recibirá menos cuidados, protección, asistencia, tratamiento y capacitación que el delincuente joven. Se garantizará su tratamiento equitativo
Reglas de Bangkok	37	Las reclusas menores de edad tendrán el mismo acceso a la educación y la formación profesional que los reclusos menores de edad.

Fuente: Elaboración propia

Esto nos deja con la segunda pregunta formulada: ¿Qué modelo punitivo está siendo es compatible con los resultados encontrados en este trabajo de investigación? Soy de la opinión que los hallazgos muestran señales de ser concurrentes con las características de un modelo rehabilitador, que, si bien puede llegar a ser imperfecto, por lo menos cuenta con una coherencia entre fines, medios y resultados. En principio, nos encontramos ante un modelo de naturaleza utilitarista en cuanto las prácticas propuestas por la institución se orientan hacia el futuro, buscando la prevención del delito. En ese sentido, las medidas descritas en este acápite son compatibles con las teorías de prevención especial positiva, la cual busca el impedimento de la reincidencia del infractor mediante la corrección de su carácter. Sobre este último punto, Santa Margarita pretende enmendar a las adolescentes mediante tres mecanismos puntuales: religión, educación y trabajo.

Si recordamos bien, esto parece ser reminiscente de antiguos modelos rehabilitadores que fueron analizados en el primer y segundo capítulo, en donde se creía que una forma eficiente de prevenir el delito era someter a los privados de libertad a actividades forzadas que podían reestablecer el aparente abandono moral en el cual se encontraban. Esto se repite también en el caso de los adolescentes; tengamos presente que la etapa más popular del tratamiento de niños y jóvenes infractores se dio con los sistemas correccionales donde el estudio, el trabajo y la religión ocuparon un papel protagónico en la búsqueda por corregir la situación en la cual se encontraban y que fue factor determinante en la comisión del delito. Esto, a su vez, trae a colación el hecho que el modelo rehabilitador de Santa Margarita, al momento de la investigación, era a su vez compatible con una visión perteneciente a la situación irregular.

En efecto, en un contexto en donde prácticas como el culto religioso son obligatorias y las actividades disponibles parecen estar orientadas hacia concepciones tradicionalmente asociadas con lo femenino, se replica la visión de las niñas y adolescentes como objeto de protección, más no como sujetos capaces de tomar decisiones plenas respecto a sus propios derechos como, por ejemplo, la libertad religiosa. En otras palabras, en el contexto de esta investigación, se vio que el tratamiento de las adolescentes infractoras en los ámbitos de educación y trabajo estaban más concentrado en difundir un *ideal institucional* en vez de los intereses individuales de las jóvenes. Debido a esto y con aún más razón, se puede definir al modelo punitivo compatible como uno tradicionalmente rehabilitador. Empero, no debe de pasarse por alto que en los años que siguieron, se notaron considerables mejoras en

el extremo de la educación y la formación profesional, abriendo puertas a la presencia de entidades tanto públicas como privadas, interesadas en difundir valioso conocimiento que era coherente con las necesidades actuales de mercado. Con esta conclusión en mente, pasaré a desarrollar los últimos hallazgos de esta investigación.

4.2.4 Hallazgos respecto al castigo y la disciplina

Llegados a este punto, quiero decir que los resultados en este extremo fueron los más sorprendentes y que, lamentablemente, persistieron en el tiempo. Esta sección del trabajo estará dedicada a discutir los hallazgos respecto a las reglas y medios disciplinarios que hay en Santa Margarita, así como la relación que hay entre figuras de autoridad y las adolescentes privadas de libertad. Es por ello que voy a dividir la presentación de descubrimientos en dos partes: la primera estará dedicada propiamente a las reglas y las formas de castigo por las que pueden pasar las adolescentes y, la segunda, respecto a la relación que tienen estas con la autoridad.

Es importante mencionar que para esta sección se deben de tomar en cuenta las Observaciones Generales 8 y 13 del Comité de Derechos del Niño, siendo la primera sobre el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes y la segunda sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Además, está Ley N°30403, mediante la cual se prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes. Esta prohibición abarca todos los ámbitos en los que transcurre la niñez y adolescencia, comprendiendo el hogar, la escuela, la comunidad, lugares de trabajo, entre otros relacionados.

De manera preliminar puedo decir que los resultados no son positivos y más bien, resultan preocupantes, sobre todo vistos desde la perspectiva del interés superior del niño y la protección de los derechos y libertades de las adolescentes privadas de libertad. Quiero acotar que sí, efectivamente, nos encontramos ante una institución de diagnóstico y rehabilitación de adolescentes, por lo que la limitación de ciertos derechos es algo que forma parte del día a día. No en vano nos encontramos ante un centro de privación de libertad. Sin embargo, esto no exime la responsabilidad que tiene el Estado peruano, mediante sus agentes e instituciones, de respetar la esencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes a lo largo de la medida socioeducativa, cosa que, como veremos a continuación, no ha cumplido a cabalidad.

Desde un primer momento, el visitante de Santa Margarita tiene contacto con las instrucciones que regulan la institución. En primer lugar, está prohibido el ingreso de celulares, cámaras o cualquier aparato electrónico a menos que haya pasado por una debida autorización por parte de los administradores del centro; tampoco se pueden llevar jugos, frutas, gaseosas, caramelos, peluches con música, lápices y lapiceros. Se me informó que, en el caso de las frutas y dulces, estos podían utilizarse para la elaboración de bebidas alcohólicas y que, en el caso de los útiles de oficina punzocortantes, se prohibía su ingreso ya que habían tenido casos en donde las adolescentes los utilizaban para poder escapar. Todas estas restricciones son bastante comunes en centros de privación de libertad tanto de jóvenes como de adultos. De igual forma, como en cualquier institución de este tipo, están prohibidas las peleas físicas, los enfrentamientos verbales y cualquier manifestación de violencia o de resistencia a la autoridad.

Entonces, nos podemos preguntar cuáles son las consecuencias prácticas de las infracciones. En primer lugar, está la posibilidad de tener el incidente escrito en una suerte de registro en donde se toma nota de los avances de la adolescente a lo largo de su estadía. Frida, en la visita de fecha 26 de septiembre, me habló de los cuadernos de progreso, agregando que realizar talleres de bisutería, manualidades o cualquier actividad que proporcionara la institución, sumaba puntos en estos registros. En segundo lugar, tenemos los deberes adicionales y las llamadas de atención, las cuales parecen ser los métodos más comunes para difundir el orden. Durante la segunda visita de fecha 10 de octubre, pude presenciar una pequeña disputa entre Karen y otra adolescente de su mismo programa, quienes comenzaron a discutir sobre qué programa ver en el único televisor de la sala de esparcimiento. El conflicto escaló de tal manera que una de las cuidadoras se acercó a separarlas. No observé, hasta ese momento, ninguna situación de abuso o maltrato. No obstante, el panorama cambia en la tercera visita de fecha 17 de octubre. Al momento de buscar a Karen, con quien había tenido contacto durante los dos sábados anteriores, no la encontré y Jessica me informó que se encontraba recluida en lo que las adolescentes llamaban “el PAI”, hoy conocido como el Programa de Intervención Intensiva.

¿De qué se trata? PAI son las iniciales del “Programa de Asistencia Intensiva”⁵⁹, uno de los métodos de -aparente- rehabilitación en Santa Margarita. Hasta las visitas realizadas a Santa Margarita, desconocía totalmente de esta medida disciplinaria;

⁵⁹ También llamado “PII”, al ser posteriormente bautizado como el “Programa de Intervención Intensiva”

inclusive, en los informes realizados por la Defensoría del Pueblo acerca de los adolescentes infractores⁶⁰ no había mención alguna del PAI ni de muchos de los hallazgos que voy a compartir en este acápite. Al momento de hablar con las adolescentes, revelaron que desconocían si existía una lista taxativa de las causas que podrían llevar a una de ellas a ser integradas al PAI, pero, en su experiencia, había tres motivos que habían podido identificar hasta ese momento: 1) peleas físicas, 2) negarse a aceptar un castigo por parte de las educadoras o de los docentes del colegio y, 3) manifestaciones de afecto homosexual. Ahondaré sobre este último punto más adelante.

Respecto al PAI, fue descrito por las adolescentes como una celda apartada de los espacios comunitarios o de recreación, ubicada en una suerte de sótano al cual se llegaba por medio de una escalera a las afueras del patio. Este espacio tiene aproximadamente dos metros de ancho y dos metros de ancho (4m² de área), cuenta con una cama, un inodoro, no tiene ventanas y tiene un enrejado en el techo por motivos de ventilación, además de uno colocado en la puerta de cada celda. En la visita de fecha 26 de septiembre, Karen me comentó que ella había estado ahí anteriormente y que el tiempo de aislamiento podía llegar a ser hasta de tres meses, además de quince días donde perdían el derecho de visitas y llamadas telefónicas. No obstante, fue también ella quien confirmó que el tiempo pasaba mucho más rápido en aislamiento y que, inclusive, se podía llegar a dormir mejor.

Esto resulta bastante interesante, pues más allá de infundir una sensación de miedo y terror, se me informó que muchas adolescentes buscaban ser separadas del resto voluntariamente, no solo debido a las razones mencionadas por Karen, sino porque, en el caso de las amistades y parejas, muchas jóvenes preferían ser separadas del grupo para así poder supervisarse mutuamente. El sábado 17 de octubre, mientras hablaba con Jessica, ella narró:

De igual forma, una buena parte de internas habían desaparecido. Me comunicaron que, entre nuestra última visita y el día de hoy, muchas fueron dadas de alta y un grupo se encontraba en el PAI. “Usted entiende cómo son las cosas ¿No, madre?” me preguntó Jessica cuando conversábamos en el patio “Una chica es castigada, entonces su compañera, que la quiere mucho, también hace algo malo para que la castiguen, y así la compañera que quiere a esta y sucesivamente, hasta que las castigan a todas”. Con esto, Jessica me quería decir que aquellas chicas que mantenían relaciones

⁶⁰ Informe Defensorial N°51 (2000), Informe Defensorial N°123 (2007) e Informe Defensorial N°157 (2012)

sentimentales unas con las otras, preferían ser castigadas en grupo, a fin de poner vigilarse mutuamente o por lo menos tener la seguridad que durante el castigo no se encontrarán intimidando con otras adolescentes.

Por otro lado, el 24 de octubre pude tener una conversación en grupo con Lucía, Laura, Jessica, Karla, Frida y tres adolescentes que conocí por primera vez, Karina, Mica y Maya. Aquí, entre otros temas bastante interesantes acerca de las nociones que tenían acerca del trabajo y el éxito, pude hablar directamente con Lucía, quien en aquel momento se encontraba con seis meses de gestación, me confesó que había estado anteriormente en el PAI y que, consecuencia de su mala conducta, las educadoras le habían quitado los cubiertos al momento de tomar los alimentos. En sus palabras, ella describió la experiencia de comer “como un animal”. En la visita anterior, el 17 de octubre, Jessica también había narrado que muchas veces las cuidadoras hacían ruidos con ollas y tazas, chocando estos objetos contra las rejas con la finalidad de asustar a las adolescentes y hacerles creer que el lugar estaba embrujado. Estos resultados exhibieron, pues, una estridente situación de vulneración de derechos fundamentales. Por un lado, tenemos el hecho que se trate de una celda extremadamente pequeña, que estemos ante un castigo basado en el aislamiento y que las condiciones del mismo sean deplorables, en cuanto las adolescentes duermen, comen y realizan sus necesidades básicas en el mismo espacio.

Por otro lado, está el hecho que la situación puede agravarse considerablemente por la participación de las cuidadoras. Como mencioné en un principio, este es otro aspecto de los hallazgos de control y disciplina que quisiera observar; el trato entre adolescentes y el personal es distante, y aunque no llega a ser hostil, tampoco resulta ideal. En acápite anteriores he mencionado se ha estudiado mucho el papel que ocupa el personal de instituciones como Santa Margarita en el proceso de rehabilitación y resocialización de los adolescentes infractores y en este caso, lo resalto aún más, pues la presencia de situaciones de abuso de figuras de autoridad hacia aquellas que se encuentran en una posición vulnerable, no es un factor positivo. Cuando hablamos de adolescentes infractores hablamos, necesariamente, de jóvenes cuya noción de las reglas y la autoridad se ha visto distorsionada por una serie de motivos y factores; una vez privados de libertad, es vital resarcir esta disonancia y, más bien, asociar estas figuras con algo positivo y digno de ser respetado.

El Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNPT) le dedica una significativa sección de su segundo informe del año 2018 a este programa. Este

organismo concluye que “cuenta con ambientes de aislamiento (...) que pueden tener un efecto perjudicial sobre el bienestar físico y mental de las personas, por lo que deben ser utilizados cuando sea necesario y por el menor tiempo posible” (p. 72), además afirman que, “en algunas circunstancias, la permanencia del PII puede equivaler a un trato cruel, inhumano o degradante o, incluso, tortura” (p. 73). Considero relevante compartir las conclusiones a las cuales llegó el MNPT durante el año 2019:

Algunas condiciones recurrentes encontradas en los ambientes de los PII de los Centros Juveniles supervisados por el MNPT fueron: ambientes oscuros, estrechos y sin ventilación, la falta de actividades formativas y recreativas para las y los infractores, como talleres y educación básica, falta de higiene, restricción de visitas y comunicación con el exterior, insuficiente personal de tratamiento (educador social, psicólogo y trabajador social), malos tratos, tiempo libre insuficiente (en el caso del PII Cielo solo dos horas a la semana), problemas de salud mental de los infractores reclusos a consecuencia del confinamiento en condiciones inadecuadas para el ser humano (estrés agudo, angustia paralizante, disociación como forma defensiva, depresión, ideas suicidas). (p. 73)

Esta información, pues, confirma que los hallazgos encontrados en la presente investigación se mantuvieron en el tiempo y hasta el año 2018. Además, el mayor aporte del MNPT es la clasificación de este programa como una puerta abierta a los maltratos, tratos crueles e inhumanos e inclusive la tortura. Estamos hablando con términos bastante potentes tanto a nivel jurídico como a nivel social, pues estas conductas están proscritas en todos los instrumentos de derecho nacional e internacional que hemos revisado hasta el momento, como pasaré a detallar más adelante.

En el tercer informe del año 2019, el MNPT (2019) les da seguimiento a estos resultados, revelando que ahora los castigos en el PAI se extendían hasta siete días y las visitas familiares se permitían dos veces a la semana, por una hora cada una, y que la psicóloga del equipo técnico de la institución llegaba a realizar visitas. Sin embargo, también afirman que las adolescentes no llegaron a recibir todos los servicios correspondientes al programa, como son las áreas socio-recreativas, la asistencia espiritual y las áreas educativas (p. 29). Finalmente, en el año 2020, el MNPT detecta que la recomendación de dar tratamiento a los adolescentes que permanecen en el PII, todavía estaba en proceso de ser cumplida. (p. 54). Ese es, a grandes rasgos, el estado de la cuestión.

Ahora bien ¿existían canales para denunciar situaciones de maltrato o abuso? Durante las visitas se tomó conocimiento de un incidente en donde una cuidadora se

dirigió a una de las adolescentes con palabras denigrantes; la joven acudió al personal de seguridad para realizar su queja respectiva, pero recibió una respuesta físicamente violenta y amenazante, por lo que la situación quedó sin resolver (Chávez et al, 2015, p.11). El MNPT (2018) realiza un análisis respecto a las agresiones dentro de la institución, pero se refiere únicamente a aquellas que fueron realizadas de una adolescente a otra; lo importante de estos resultados es, no obstante, que, al momento de preguntarles por la respuesta institucional ante la situación, siete respondieron que la denuncia no fue atendida, cuatro que sí y treinta se rehusaron a contestar (p. 65). Al siguiente año, el MNPT (2019) descubre que se había implementado un buzón de quejas y que, si bien estas eran atendidas por el equipo técnico de Santa Margarita, se carecía de un mecanismo formal para lograr este cometido (p.29). Finalmente, en el informe del año 2020, el MNPT indica que la institución aún estaba en proceso de instaurar mecanismos formales de denuncia sobre las condiciones de reclusión, maltratos o torturas (p. 54). Este sería un breve resumen acerca del extremo de los canales de denuncia. A la fecha, afortunadamente, se cuenta con la Directiva N.º 05-2021-JUS/PRONACEJ, la cual detalla los pasos y propósitos que deben seguirse en el PII. Ahora, cabe preguntarnos qué derechos y libertades están siendo vulneradas en los hallazgos de esta investigación, cosa que se puede apreciar con mayor facilidad en el siguiente cuadro:

CUADRO NRO. 27

FALTAS A LAS DISPOSICIONES DE ORDEN NACIONAL E INTERNACIONAL ORIGINADOS EN LOS HALLAZGOS SOBRE LA DISCIPLINA EN EL CENTRO SANTA MARGARITA (2015)

DISPOSICIONES NACIONALES		
Origen	Artículo	Texto
Código de Responsabilidad Penal de los Adolescentes	177.1.20	A no ser incomunicado ni sometido al régimen de aislamiento, salvo por medida disciplinaria establecida en el Reglamento. En caso de aplicarse algunas de las medidas mencionadas, el Reglamento establece los supuestos de faltas disciplinarias y procedimientos a desarrollarse para su imposición, garantizándose que la medida no implique forma alguna de tortura, maltrato o vulneración de derechos del adolescente
	177.4	Los funcionarios o el personal del Centro Juvenil, deben denunciar ante la autoridad competente los hechos que tuviera conocimiento han vulnerado los derechos de los adolescentes internados. De encontrarse responsabilidad de parte de algún funcionario, se aplican las sanciones administrativas respectivas, sin perjuicio de aplicarse las sanciones penales a que diera lugar
DISPOSICIONES INTERNACIONALES		
Origen	Artículo	Texto
Convención de 1989	19.1	Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o

		explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
	27.1	Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
	37a	Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
	37c	Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
	40.1	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 acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.
Reglas de La Habana	12	La privación de la libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores. Deberá garantizarse a los menores reclusos en centros el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad.
	64	Sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción en casos excepcionales, cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control y sólo de la forma expresamente autorizada y descrita por una ley o un reglamento. Esos instrumentos no deberán causar humillación ni degradación y deberán emplearse de forma restrictiva y sólo por el lapso estrictamente necesario. Por orden del director de la administración, podrán utilizarse esos instrumentos para impedir que el menor lesione a otros o a sí mismo o cause importantes daños materiales. En esos casos, el director deberá consultar inmediatamente al personal médico y otro personal competente e informar a la autoridad administrativa superior.
	66	Todas las medidas y procedimientos disciplinarios deberán contribuir a la seguridad y a una vida comunitaria ordenada y ser compatibles con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional, a saber, infundir un sentimiento de justicia y de respeto por uno mismo y por los derechos fundamentales de toda persona
	67	Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. Estarán prohibidas, cualquiera que sea su finalidad, la reducción de

	alimentos y la restricción o denegación de contacto con familiares. El trabajo será considerado siempre un instrumento de educación y un medio de promover el respeto del menor por sí mismo, como preparación para su reinserción en la comunidad, y nunca deberá imponerse a título de sanción disciplinaria. No deberá sancionarse a ningún menor más de una vez por la misma infracción disciplinaria. Deberán prohibirse las sanciones colectivas
70	Ningún menor estará sujeto a sanciones disciplinarias que no se ajusten estrictamente a lo dispuesto en las leyes o los reglamentos en vigor. No deberá sancionarse a ningún menor a menos que haya sido informado debidamente de la infracción que le es imputada, en forma que el menor comprenda cabalmente, y que se le haya dado la oportunidad de presentar su defensa, incluido el derecho de apelar a una autoridad imparcial competente. Deberá levantarse un acta completa de todas las actuaciones disciplinarias

Fuente: Elaboración propia

Cuando vemos esta información a través del punto de vista de los modelos punitivos, creo que la conclusión es bastante cae por su propio peso. Nos encontramos, nuevamente ante características compatibles con un modelo utilitarista, incapacitador y compatible con la prevención especial negativa. En principio, esta clasificación se debe a que los hallazgos referentes al control y la disciplina están orientados no solo al futuro, sino al propósito de prevenir infracciones futuras mediante la coerción física de la adolescente infractora. A pesar que existen factores como el hecho que se intente reforzar un imaginario bastante específico mediante reglas como la prohibición de la homosexualidad y las manifestaciones de afecto, no considero que nos encontramos ante un escenario rehabilitador. Efectivamente, se está intentando “corregir” el carácter o la personalidad de las adolescentes, pero no orientado hacia la reducción de factores criminógenos o características que puedan representar un riesgo de reincidencia (como pueden ser, por ejemplo, los problemas de salud mental, la drogadicción, entre otros), sino a una cuestión puramente subjetiva.

No obstante, cuando hablé del modelo rehabilitador en acápites anteriores, hice la salvedad que muchas veces este ha servido y continúa sirviendo para llevar a cabo intervenciones justificadas en apreciaciones morales. Esto nos lleva, eventualmente, a un escenario de paternalismo y perfeccionismo que solamente buscan moldear la personalidad y las características personales de un individuo con el fin de volverlos compatibles con los valores y creencias del momento o, en concreto, la moral positiva. Considero que eso es lo que ocurre en el presente caso: mecanismos como la pena del aislamiento, el miedo y la intimidación sirven únicamente para, no solo mantener a la adolescente neutralizada, sino para modelar su carácter a los valores de la institución

que son, al fin y al cabo, los valores del Estado. Nuevamente, la situación empeora cuando se considera que los hallazgos del trabajo de investigación indican violaciones a derechos bastante específicos como la dignidad, en cuanto pueden clasificarse como tratos crueles⁶¹, degradantes⁶² e inclusive tortura. Con este desenlace, pasaremos a dar las conclusiones finales de la investigación.



⁶¹ Entendidos como aquellos actos que deliberadamente producen dolor y sufrimiento, pero que por su intensidad no son lo suficientemente severos para ser considerados y calificados como un acto de tortura. Pueden tratarse de actos de violencia física, moral o psicológica, presentados en un contexto similar al de tortura, pero con menor intensidad en su conducta. Por ejemplo: Golpes, baños de agua helada, privación del sueño y otros. (MNPT, 2018, p. 22)

⁶² También son considerados tratos humillantes aquellos actos que provocan sentimientos de miedo, ansias o inferioridad en la víctima, realizados con la intención de humillar, degradar y romper la resistencia física y moral. Se trata de actos diseñados para ultrajar a una persona a través del desmerecimiento de su honor, la erosión de su autoestima, o la búsqueda del prevalecimiento del sufrimiento mental de un individuo. Por ejemplo: Insultos, desnudamiento público, actos contra el pudor y otros. (MNPT, 2018, p. 22)

CONCLUSIONES

1. Los modelos punitivos no pueden entenderse como entidades absolutamente separadas. Esta investigación ha realizado un análisis de los principales modelos (retributivo, rehabilitador, incapacitador y restaurativo) desde la historia, la crítica y las últimas tendencias respectivamente. Aquella estructura ha demostrado que en la mayoría de los casos los modelos punitivos coexisten y se nutren mutuamente en determinados contextos, como puede ser la política correccional de un centro de privación de libertad.
2. Las adolescentes infractoras privadas de libertad presentan un grupo en alto estado de vulnerabilidad ante el Estado, siendo necesario que se les dé especial atención no solo a sus necesidades como jóvenes, sino como mujeres. En ese sentido, es imperante entender sus vivencias como *gendered experiences*, es decir, experiencias a través o desde el género. Esto implica necesariamente conocer, estudiar y considerar sus visiones acerca de la feminidad, el sexo, el trabajo, el estudio, y otros temas centrales.
3. Respecto a la protección que reciben las adolescentes en nuestro ordenamiento jurídico, hay un consenso doctrinal y jurisprudencial sobre la superioridad de la doctrina de la protección integral al momento de tomar decisiones legales, políticas o de cualquier índole respecto a los niños, niñas y adolescentes. No obstante, los hallazgos del presente trabajo demostraron que aún existen prácticas compatibles con la ya caduca doctrina de la situación irregular, la cual limita innecesariamente las libertades y derechos de las adolescentes.
4. La Convención de Derechos del niño de 1989 propone un modelo rehabilitador-restaurativo en cuanto sus medidas enfatizan dos aspectos centrales: el primero es la relevancia del vínculo entre sociedad, niño y adolescente, y el segundo, en el papel que tiene tanto los privados como el Estado de asegurar y muchas veces reparar el correcto desarrollo de los niños, niñas y adolescentes mediante intervenciones de carácter educativo, médico, de planificación familiar, entre otros.
5. Los hallazgos de este trabajo llevan a la conclusión que las políticas del Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Santa Margarita al momento de realizarse

la investigación, se adhieren a un modelo incapacitador-rehabilitador con la predominancia del primero sobre el segundo.

6. La predominancia del modelo incapacitador se puede observar en el sentido que la mayor parte de iniciativas y actividades realizadas por la institución se concentran más en la neutralización de la conducta criminógena mediante la privación de libertad sin prestar mucha atención a las condiciones de la misma. Algunos ejemplos de esto fueron el inadecuado tratamiento psicológico y psiquiátrico de las adolescentes, la falta de personal y su insuficiente capacitación, las dificultades para emplear de manera eficiente un programa de tratamiento de la drogadicción, el uso de castigos de aislamiento, entre otros.
7. La compatibilidad con el modelo rehabilitador se puede observar en las iniciativas y actividades llevadas a cabo por la institución en materia de educación y trabajo. Si bien estas no se encontraban en óptimo estado debido a su poca variedad, sí se encontraban orientadas hacia la prevención del delito mediante la corrección del carácter de las adolescentes, cosa que procuraba ser alcanzada por medio de la educación y el trabajo.
8. Los hallazgos de la investigación demostraron que mientras se ejecutaba a cabo un sistema compatible con el modelo incapacitador-rehabilitador, existieron una serie de violaciones a los derechos fundamentales de las adolescentes privadas de libertad. Entre ellos se encuentran la dignidad, el derecho al bienestar, el derecho a la libertad religiosa y de pensamiento, el derecho a la educación y a la integridad. Cabe mencionar que todas estas transgresiones están proscritas tanto en el sistema nacional como internacional, para lo cual se revisaron ambos tipos de estándares, siendo el primero el Código de Responsabilidad del Adolescente y el segundo, las disposiciones de la Convención de 1989, las Reglas de La Habana, Reglas de Bangkok, Reglas de Beijing y Directrices de Riad.

BIBLIOGRAFÍA

Abramson, B. (2006). *Juvenile Justice: The 'Unwanted Child': Why the potential of the Convention on the Rights of the Child is not being realized, and what we can do about it*. E.L. Jensen & J. Jepsen (Eds.). *Juvenile Law Violators, Human Rights, and the Development of New Juvenile Justice Systems* (pp. 15–38). Hart Publishing.

Achutti, D. (2015) *Abolicionismo Penal y Justicia Restaurativa: Del Idealismo al Realismo Político-Criminal*. REDHES: Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales. N°13, año VII, enero-junio 2015 pp. 55-75

Acorn, A. (2004) *Compulsory Compassion: A Critique of Restorative Justice*. University of British Columbia Press.

Acosta, M.L (2016) De la doctrina de la situación irregular a la protección integral: una aproximación crítica a los cambios en la orientación de la atención pública a la infancia y la adolescencia en Uruguay. Tesis Licenciatura en Trabajo Social. Universidad de la República, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Trabajo Social.

Aedo M.P & Varela P. (2020) Algunas reflexiones sobre las diferencias de género en las conductas infractoras de niñas y adolescentes en Chile. Oñati Socio-Legal Series, Vol. 10 No. 1S (2020): The fourth wave of feminism: From social networking and self-determination to sisterhood, p. 218-242

Aguilar, B. (1996). *¿Un nuevo derecho para los niños y adolescentes?* Derecho PUCP; Revista de la facultad de Derecho. (50), pp. 433-453.

Aleman, M. (2005). *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tesis de Doctorado. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel De Cervantes. Recuperado de <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9927/1/Aleman-Garcia-Macario.pdf>

Allen, J. (1999). *Balancing Justice and Social Unity: Political Theory and the Idea of a Truth and Reconciliation Commission*. *The University of Toronto Law Journal*, 49(3), pp. 315-353.

Álvarez, A. (2014). *Algo mejor que una bala: hacia un modelo latinoamericano de justicia juvenil*. Justicia Para Crecer, 19, pp. 5-9.

Ángeles, C. (2006) El camino de la ética a la política: la sanción en Jeremy Bentham y John Stuart Mill. En: Anuario de Filosofía del Derecho, Vol XXIII, año 2006, p. 131-156

Araujo, C. (2000) Bentham: el utilitarismo y la filosofía política moderna. En: La filosofía política moderna: De Hobbes a Marx. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, pp. 269-288

Bacigalupo, E. (1996) Manual de Derecho Penal: Parte General. Tercera Reimpresión. Editorial Temis.

Balseira, P & Naya L.M (2006) La evolución de los derechos de la Infancia: una visión Internacional internacional. Encounters on education = Encuentros sobre educación = Recontres sur l'éducation, N°. 7 (OTOÑO), 2006, págs. 71-93

Baratta, A. (1986) *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Siglo XXI Editores.

Barletta, M.C (2012) Mesa Redonda: ¿Responsabilidad penal de los menores de edad? Intervención. Derecho y Sociedad, N°39, pp. 159-165

Barletta, M.C (2019) Derecho de la niñez y adolescencia. Colección Lo Esencial del Derecho 29. Fondo Editorial PUCP.

Barrera, S. (2014). *De la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral en el Perú: El caso de los hogares del INABIF*. Tesis. Programa de Magíster en Política Social. Lima: Universidad Mayor de San Marcos. Recuperado de <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/3651>

Beccaria, C. [1760] *Tratado de los delitos y de las penas*. Editorial Carlos III, Universidad de Madrid.

Bedau H., Kelly., E. (2019) Punishment. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2019 Edition). Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/punishment/>

Benavente, A. (1999). *América Latina: El peso de la tradición paternalista*. Política. Revista de Ciencia Política, 37. pp. 117-145, Recuperado de <https://revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/view/55164>

Bennett, C. (2008). *The Apology Ritual: A Philosophical Theory of Punishment*. Cambridge University Press.

Bentham, J. [1789] (2008) *Los principios de la moral y la legislación*. Editorial Claridad.

Beristain, A. (1985) *El delincuente en la democracia*. Editorial Universidad.

Bernales, E.; Eguiguren F., & Rubio, M. (2010). Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución. Lima: Fondo Editorial PUCP

Beytía P. (2017). El panóptico de Bentham y la instrumentalización de los derechos humanos. *Universitas Philosophica*, 34(68), pp. 173-196. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/unph/v34n68/0120-5323-unph-34-68-00173.pdf>

Binder G., Notterman B. (2017). *Penal Incapacitation: A Situationist Critique*. *American Criminal Law Review* (54), pp. 1-56

Boeglin, J., Saphiro, Z. "A Theory of Differential Punishment". *Vanderbilt Law Review* (70), pp. 1499-1559

Bhati, A. (2007) Estimating the Number of Crimes Averted by Incapacitation: An Information Theoretic Approach. *Journal of Quantitative Criminology* Volume: 23 Issue: 4 Dated: December 2007 Pages: 355-375

Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema.

Boonin, D. (2008). *The problem of punishment*. Cambridge University Press.

Botero-Bernal, A., (2015) El Positivismo Jurídico en la Historia: Las Escuelas del Positivismo Jurídico en el Siglo XIX y Primera Mitad del Siglo XX. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol |, pp. 63-170

Blanco, C. Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores. En Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau, Gonzales N. (cord.), Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 83-116

Bonilla, C. (2020) "El sistema penal juvenil y su influencia en la reducción de las infracciones cometidas por adolescentes, ciudad de Chiclayo, 2018" Tesis para obtener el título profesional de abogado. Universidad Señor de Sipán.

Bradley, G. (2003). *Retribution: the central aim of punishment*. Harvard Journal of Law & Public Policy, 27(1). pp. 19-3.

Braithwaite, J. (2002). *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford University Press

Braithwaite, J. y Petit, P. (2015) *No sólo su merecido: por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A. Revista de Historia de las Prisiones,

Bradley, C. (2010) The United States and Human Rights Treaties: Race Relations, the Cold War, and Constitutionalism. *Chinese Journal of International Law* (2010), 321–344

Bronsteen, J., Buccafusco, C. Y Masur, J. (2010). *Retribution and the Experience of Punishment*. *California Law Review*. 98(5). pp. 1463-1496.

Brown C, Fine A, Cauffman E (2019). Do positive perceptions of correctional staff mitigate institutional violence among youthful offenders? *Psychol Public Policy Law*. 2019 Feb;25(1):38-45.

Brown, G. (2016). *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century*. Nueva York: Global Institute for Advanced Study.

Brunaud, C. (2003) "Protección de la infancia: un tema de derechos humanos". Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Facultad de Derecho.

Burfeind, J & Jeglum D. (2006) *Juvenile delinquency: an integrated approach*. Jones and Bartlett.

Cabezas, J. (2011). *Superación del modelo anterior de justicia juvenil (tutelar) por el actual modelo (de responsabilidad) ¿Se lo ha creído alguien?* Revista Crítica Penal y Poder, 1. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, pp. 158-173. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6056664>

Campbell, K. (2005) "Rehabilitation Theory." Bosworth, Mary (ed.) *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities*. SAGE Publications, pp. 831-834. Recuperado de: <https://marisluste.files.wordpress.com/2010/11/rehabilitation-theory.pdf>

Carou, S. (2015) El régimen penitenciario cerrado. Análisis de la regulación del régimen penitenciario cerrado en el ordenamiento jurídico español a la luz de los principios básicos que deben informar el Derecho Penitenciario, recogidos en la Constitución y en la Ley Orgánica General Penitenciaria. Tesis de doctorado. Departamento de Derecho Público. Recuperado de: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16200/CarouGarcia_Sara_TD_2015.pdf?sequence=4

Carrabine, E., Cox, P., Lee, M., Plummer, K., & South, N. *Criminology: A sociological introduction*. Segunda Edición. Editorial Routledge, Taylor & Francis Group.

Chan, J. (1995) The limits of incapacitation as a crime control strategy. *Crime and justice bulletin : contemporary issues in crime and justice ; no. 25*. Recuperado de: <https://www.bocsar.nsw.gov.au/Publications/CJB/cjb25.pdf>

Chang Kcomt, R. (2013). Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal. *Derecho PUCP*, (71), 505-541.

Charlow, A. (1987). *The Best Interests of the Child and Other Fictions*. *Yale Law & Policy Review*, 5(2). pp. 267-290.

Chau, P. (2017). *Loss-Based Retributive Justifications of Punishment*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 3(37). pp. 618-635. Recuperado de <https://academic.oup.com/ojls/issue/37/3#309113-3003294>

Chávez, C., Morán, R., Ramos, B., Sánchez, M., Schneider, N (2015) *Derecho penal, estigma y resocialización: menores infractoras en el Centro Juvenil Santa Margarita*. Monografía final del curso Sociología del Derecho. Lima: PUCP.

Chávez M.T (2020) *Psicología Ambiental*. Trabajo de investigación para optar el título de licenciada en psicología. Universidad Peruana Cayetano Heredia.

Chevalier, J. (1986). *Diccionario de los Símbolos*. Editorial Herder: Barcelona.

Cid Moliné, J. (1999) "Prevención de delitos y utilitarismo: una confusión censurable (a propósito de "Censurar y Castigar" de A. Von Hirsch" En: *Jueces para la democracia*, ISSN 1133-0627, N° 35, pp. 20-27

Cid Moliné, J. (2007). "Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho Penal" En: *Anuario de la facultad de Derecho de Madrid*, N°11, pp. 151-167

Cid Moliné, J. (2009). *La elección del castigo*. Barcelona: Editorial Bosch.

Cillero-Bruñol, M. (1998). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño*. Ley y Democracia en América Latina, Bogotá: Ediciones Tenis. pp. 69-95. Recuperado de http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

Cottingham, J. (1979) Varieties of Retribution. *The Philosophical Quarterly*, Vol. 29, No. 116. (July 1979), pp. 238-24

Crawford, A. & Newburn, T. *Youth Offending and Restorative Justice*. Editorial Willan.

Creswell, J.W (2014) *Research Design: Qualitative, quantitative and mixed methods approaches*. 4th Edition. SAGE.

Cuello, E. (1980). *Derecho Penal*. Barcelona: Editorial Bosch. Barcelona.

Daly, K. (2002). Restorative justice: The real story. *Punishment & Society*, 4(1), pp. 55–79.

Daly, A & Rap, S. (2019) Children's Participation in the Justice System. En: International Human Rights of Children, Kilkelly U.& Liefwaard, T. (eds.) Springer. pp 299–319

Dávila, P. Y Naya, L. (2006). *La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional*. Encounters on Education, 7. pp. 71 – 93. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4683188>

De Figueiredo, M. (2015) "Throw Away the Jail or Throw Away the Key? The Effect of Punishment on Recidivism and Social Cost" Faculty Articles and Papers (406), pp. 1017-1097. Recuperado de: https://opencommons.uconn.edu/law_papers/406

De Mendiguren, M. (2014). *Entrevista a Emilio García Mendez*. INFEIES – RM, 3 (3). Recuperado de <http://www.infeies.com.ar>

De la Cruz, Z. (2018). *Víctimas de abandono familiar en el Programa de Prevención y Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que trabajan (PRODENNAT) Cercado de Lima - 2018*. Tesis Para optar el Título Profesional de Licenciada en Trabajo Social. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Recuperado de <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/10556>

Defensoría del Pueblo. (2000). *Informe Defensorial N°51*. Lima: Defensoría del Pueblo. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/defensoria/informes-publicaciones/1060170-informe-defensorial-n-51>

Defensoría del Pueblo. (2007). *Informe Defensorial N°123. La situación de los adolescentes infractores de la ley penal privados de libertad (supervisión de los centros juveniles-2007)*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Defensoría del Pueblo (2011) Informe de Adjuntía N° 001-2011-DP-ADHPD: Supervisión del Centro de Diagnóstico y Rehabilitación Juvenil de Lima.

Defensoría del Pueblo. (2012). *Informe N° 157-2012/DP: Sistema Penal Juvenil*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Dzur, A. (2010). *Democratic Professionalism. Citizen Participation and the reconstruction of professional ethics, identity and practice*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press.

Doek, J. (2019). *The Human Rights of Children: An Introduction*. International Human Rights of Children. Ursula Kilkelly, Ton Liefaard. Singapur: Springer Nature Singapore. pp.3-30. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/325672847_The_Human_Rights_of_Children_An_Introduction

Duran Migliardi, M. (2011) "Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de immanuel kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual" En: *Revista de Filosofía*, vol.67, pp.123-144. Recuperado de: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci_abstract

Duus-Otterström, G. (2007) *Punishment and Personal Responsibility*. Goteborg University.

Echaíz, G. (2011). *El Ministerio Público promueve la Justicia Juvenil Restaurativa*. Justicia Para Crecer, 07, pp. 4-6. Recuperado de

Elbert, C.A (1998) *Manual Básico de Criminología*. Editorial Eudeba.

Falcón y Tella, M. Y Falcón y Tella, F. (2006). *Punishment and Culture: A Right to Punish?* Brill Academic: Leiden. Recuperado de <https://brill.com/view/title/12628>

Foucault, M. [1975] (2002). *Los Anormales*. Fondo de Cultura Económica.

Franco, G. (1962). Las leyes de Hammurabi. *Revista De Ciencias Sociales*, (3), 331–356. Recuperado de <https://revistas.upr.edu/index.php/rcs/article/view/9466>

Freeman, M. (2011) *Children's Rights: Progress and Perspectives Essays from the International Journal of Children's Rights*. Martinus Nijhoff Publishers.

Fridhov, I.M, & Grøning, L. (2018) Penal Ideology and Prison Architecture. Fransson, E., Giofre, F. & Johnsen, B (Eds.) PRISON ARCHITECTURE AND HUMANS. Cappelen Damm Akademisk / NOASP, p. 269 - 286

Fuchs, R. (1987). *Legislation, Poverty, and Child-Abandonment in Nineteenth-Century Paris*. *The Journal of Interdisciplinary History*, 1(18), pp. 55-80. Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/204728>

Furio, J. (2002). *Restorative Justice: prison as hell or a chance for redemption?* Nueva York: Algora Publishing.

García, D. (1966). *Breve paralelo entre el Código Penal Peruano de 1863 y el de 1924*. THEMIS Revista De Derecho, pp. 5-12

García, E.(2001) "Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: Modelos y Tendencias" *Derechos de la niñez y la adolescencia: Antología*. Gonzáles, M., Vargas, E. (comp.) CONAMAJ, pp. 59-71

García, A. (2008). *Criminología: fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Recuperado de https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/criminolog%C3%ADa_fundamentos_y_principios_para_el_estudio_cient%C3%ADfico_del_delito_la_preveni%C3%B3n_de_la_criminalidad_y_el_tratamiento_del_delincuente.pdf

García, J. y Alvarado, J. (2014). *El internamiento preventivo en el sistema penal juvenil peruano*. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris. Recuperado de https://issuu.com/lexiuris/docs/ndice_internamiento_preventivo

García-Pablos de Molina, A. (2008) *Criminología: Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente*. Fondo editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.

Garland, D. (1991) "Sociological Perspectives on Punishment" En: *Crime and Justice*, Vol. 14 (1991), pp. 115-165

Garland, D. (2001) *La cultura del Control: Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Editorial Gedisa.

Garzón Valdés, E.(1998). ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, N°5, pp. 155-173

Gaudreault, A (2005) "The Limits of Restorative Justice" Symposium of the École nationale de la magistrature. Editorial Dalloz.

Gerencia de Centros Juveniles (Poder Judicial). (2017). *Informe Estadístico: mayo 2017*. Lima: Oficina de Imagen Institucional del Poder Judicial.

Gerber, M. y Jackson, J. (2013). *Retribution as revenge and retribution as just deserts*. *Social Justice Research*, 26 (1). pp. 61-80

Gibson, M. (2011) Global Perspectives on the Birth of the Prison. *The American Historical Review*, Volume 116, Issue 4, October 2011, pp. 1040–1063

Giddens, A. (1998). *Sociología*. Editorial Alianza.

González, M. y Vargas, E. (2001). *Derechos de la Niñez y la Adolescencia: Antología*. CONAMAJ, Escuela Judicial, UNICEF: Costa Rica. Recuperado de <https://www.unicef.org/costarica/media/876/file/Derechos%20de%20la%20Ni%C3%B1ez%20y%20Adolescencia:%20Antolog%C3%ADa.pdf>

González Contró, M. (2011) ¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina. *Publicación Electrónica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, núm. 5, 2011, pp. 35-48

Golash, D. (2005). *The case against punishment: retribution, crime prevention and the law*. New York University Press: Nueva York.

Gómez A. & Silva, G. (2015) *El futuro de la criminología crítica*. Universidad Católica de Colombia.

Gómez, V. (2008). *Nacionalismo y Derecho Penal*. En: GÓMEZ MARTIN, Víctor (ed.) *Derecho Penal y Estado de Derecho: reflexiones sobre la tensión entre riesgos y*

seguridad. Editorial B de F Ltda. Páginas 53-152. Montevideo, República Oriental de Uruguay, 2008

Guindon, M. H. (2010). What is self-esteem? In M. H. Guindon (Ed.), *Self-esteem across the lifespan: Issues and interventions* (pp. 3–24). Routledge/Taylor & Francis Group.

Hanan, M.E (2016) "Decriminalizing Violence: A Critique of Restorative Justice and Proposal for Diversionary Mediation" 46 N.M. L. Rev. 123 (2016). Recuperado de: <https://digitalrepository.unm.edu/nmlr/vol46/iss1/5>

Hazen, E.; Schlozman, S. y Beresin, E. (2008). *Adolescent Psychological Development: A Review*. *Pediatrics in Review*, 29. pp. 161-168. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/5401531_Adolescent_Psychological_Development_A_Review

Heywood, C. (1981). *The Market for child labour in Nineteenth-Century France*. *History*, 216(66). pp. 34-49.

Himma, K. (2015). *Luck, culpability, and the retributivist justification of punishment*. *Lewis & Clark Law Review*, 3(22). pp. 709-770.

Holsinger, K. y Hodge, J. (2016). *The Experiences of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Girls in Juvenile Justice Systems*. *Feminist Criminology*, 11 (1), pp. 23-47.

Hurtado, J. (2011). *Teoría y práctica de los acuerdos reparatorios y justicia restaurativa en el nuevo proceso penal*. Lima: Editorial Grijley.

Ibarguengoytia, M. (1941). *Bosquejo histórico de la delincuencia infantil*. México DF: Escuela Libre de Derecho.

INEI (Instituto Nacional de Estadística e Informática). (2016). *Perú: Primer Censo Nacional de Población en los Centros Juveniles de Diagnóstico y Rehabilitación*. Lima: INEI.

Jakobs, G. (2006), *La pena estatal: Significado y finalidad* (trad. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez), Thomson Civitas.

Jensen, E. y Jepsen, J. (2006). *Law Violators, Human Rights, and the Development of New Juvenile Justice Systems*. Portland: Hart Publishing.

Jescheck, H-H. & Weigend, T. Tratado de Derecho Penal: Parte General. (trad. de Olmedo Cardenete, M.) Vol 1. Instituto Pacífico.

Kanduc, Z (1996) The idea of rehabilitation:A criminological view. *Kriminologija i socijalna integracija*. Vol. 4 (1996) (2), pp. 149-156

Kemelmajer, A. (2004). *Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Kim, S., Choi, M., Woo, Y., & Jang, S. J. (2021). Religion and Misconduct Among Prison Inmates in South Korea. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 0(0).

Knepper, P. y Ystehede, P. (2013). *The Cesare Lombroso Handbook*. Abingdon: Routledge.

Klug, U. (1992) Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho. Editorial Laia.

Plevin, A. (2019). *Children's Rights: Advocacy and International Agenda Setting*. International Human Rights of Children. Singapur: Springer Nature Singapore. pp. 93 – 133.

Naffine, N. (2016) *Female Crime: The Construction of Women in Criminology*. Taylor & Francis Group.

Mariño, C. (2001) Sistema de responsabilidad penal juvenil: concreción de derechos fundamentales. 2, *Derecho Penal y Criminología* 87, 100 (2001)

Murray, J., Swadener, B. y Smith, K. (2020). *The Routledge International Handbook of Young Children's rights*. Taylor & Francis.

Murray, J., Swadener, B. y Smith, K. (2020). *Introduction: the state of young children's rights*. The Routledge International Handbook of Young Children's rights. Taylor & Francis. pp. 3-14.

Malem, J. (1996). *La relación entre el derecho y la moral: La disputa Devlin-Hart*. Estudios de Ética Jurídica. México D.F: Fontamara.

Malqui, S. (2022). Corte del Callao brindó charlas a adolescentes infractores del centro juvenil Santa Margarita. NTEVE. <https://nteve.com/corte-del-callao-brindo-charlas-a-adolescentes-infractores-del-centro-juvenil-santa-margarita/> [Fecha de Consulta: 14 de diciembre 2022]

Margolin, A. (1933). *The Element of Vengeance in Punishment*. Journal of Criminal Law and Criminology, 4(24), pp. 755-767.

Marquez, Á. (2007). *La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria*. Bogotá: Prolegómenos: Derechos y Valores, X(20), pp. 201-212. Recuperado de <http://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2543>

Marquisio, R. (2017) Tres modelos de postpositivismo jurídico. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, Año 14, N°47, p. 864-885

Martinson, R. (1974). "What Works? - Questions and Answers About Prison Reform," The Public Interest, pp. 22-54.

Materni, M. (2013) Criminal Punishment and the Pursuit of Justice (2013). 2 Br. J. Am. Leg. Studies 263 (2013).

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2018). Primer Informe Anual.

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2019). Segundo Informe Anual.

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2019). Tercer Informe Anual

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2020). Cuarto Informe Anual.

Meini, I. (2013) *La pena: función y presupuestos*. Lima: Revista Derecho PUCP, 71. pp. 141-167. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8900>

Miethe, T. Y Lu, H. (2005). *Punishment: a comparative historical perspective*. Cambridge University Press: Nueva York. Recuperado de

Mika, H., Achilles, M., Halbert, E., Stutzman, L., Zehr, H., (2004) Listening to Victims: A Critique of Restorative Justice Policy and Practice in the United States. Federal Probation Journal, Junio 2004. Recuperado de: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/fed_probation_june_2004.pdf

Ministerio Público, Fiscalía De La Nación. (2016). *Informe Situacional. Programa Justicia Juvenil Restaurativa*.

Molloy, E. (2019). *Dr Janusz Korczak: paediatrician, children's advocate and hero*. *Pediatr Res* 86, pp. 783–784.

Montoro, Y. (2019) Beneficios de la remisión en adolescentes infractores a la ley penal en el distrito del Agustino en el año 2017. Tesis para obtener el título profesional de abogado. Universidad Peruana de los Andes.

Moore, L. & Scraton, P. (2020) *The incarceration of Women: Punishing bodies, breaking spirits*. Palgrave Macmillan.

Morselli, E (1995) Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 48, Fasc/Mes 1, 1995, págs. 265-274

Muñoz Cardona, A. (2008). La utilidad como satisfacción de sí. *Ecós De Economía: A Latin American Journal of Applied Economics*, 12(26), 129–168. Recuperado de: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ecos-economia/article/view/716>

Muñoz-Conde, F. & García, M. (1998) *Derecho Penal General* (3ra Ed.) Tirant Lo Blanch.

Muñoz, F. Y Hassemer, W. (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Tirant lo Blanch: Valencia.

Murase, R. (2015) Del régimen cerrado al régimen abierto: análisis de los regímenes existentes en los establecimientos penitenciarios españoles. Tesis para obtener el grado en Derecho. Treball de Fi de Grau. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. Recuperado de: <https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/27638/Rebeca%20Chie%20Murase.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Murphy, J. y Lehrer, K. (1992). *Retribution Reconsidered: more essays in the philosophy of law*. Arizona: Springer Science Business Media Dordrecht.

Lehrer, K. y Sellars, W. (1979). *Retribution, Justice, and Therapy*. Essays in the Philosophy of Law. Dordrecht: R. Reidel Publishing Company.

Liefaard, T. (2019). *Deprivation of Liberty of Children*. International Human Rights of Children. Singapur: Springer Nature Singapore, Pp.321-358.

López, M. (2016) Tres perspectivas en torno a la desviación: Becker, Bourdieu y Elster. Iberoforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana. Año XI, No. 21. Enero-Junio de 2016. Dossier. pp. 196-207

Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC). (2004). *Hacia un nuevo paradigma: miradas interdisciplinarias sobre modelos y metodologías. Justicia juvenil: retos y perspectivas a nivel internacional*. Ponencia del Foro sobre el menor infractor, Medellín.

Osorio, M. (2020) El rol de las educadoras sociales en tanto burócratas de la calle en el funcionamiento del Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación de Santa Margarita (2019). Tesis para optar por el título profesional de licenciada en Ciencia Política y Gobierno. PUCP.

Pasko, L. (2010). *Damaged Daughters: The History of Girls' Sexuality and the Juvenile Justice System*. 100 J. Crim. L. & Criminology. 100(3). pp. 1099-1130.

Pastor, L. (2007). *Nosotras no somos malas: El teatro como recurso comunicacional y estrategia socioeducativa para romper estigmas y generar encuentros. Experiencia en el Centro Juvenil "Santa Margarita*. Tesis para el título de Artes Escénicas. Lima: Pucp. Recuperado de <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/4696>

Peleg, N. (2019). *International Children's Rights Law: General Principles*. International Human Rights of Children. Singapur: Springer Nature Singapore. pp.135-158.

Peña, O. & Almanza, F. (2010) *Teoría del Delito: Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación.

Peña, R. (1995). *Tratado de Derecho Penal: Estudio Programático de la Parte General. Tomo I*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Peña, O. & Almanza, F. (2010) *Teoría del Delito: Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación.

Pérez, C. (2014) *La justicia juvenil en el Derecho Internacional*. Derecho y Cambio Social, Año 11, Nº. 36, 2014, pp. 1-19.

Peterson-Badali, M., & Koegl, C. J. (2002). *Juveniles' experiences of incarceration: The role of correctional staff in peer violence*. Journal of Criminal Justice, 30(1), 41–49. [https://doi.org/10.1016/S0047-2352\(01\)00121-0](https://doi.org/10.1016/S0047-2352(01)00121-0)

Platt, A. (2006). *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*. México DF: Siglo XXI Editores.

Picca, G. (1987). *La Criminología*. Fondo de Cultura Económica: México D.F.

Piquero, A. & Blumstein, A (2007) *Does Incapacitation Reduce Crime?* Journal of Quantitative Criminology, Vol. 23, issue 4, December 2007, pp. 267-285

Poder Judicial del Perú (26 de setiembre de 2019). SE REALIZÓ SEMINARIO "PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL" EN EL CENTRO JUVENIL SANTA MARGARITA. EJE.

https://www.eje.pe/wps/wcm/connect/ajpvyc/s_ajpvyc/as_noticia/cs_n_26-09-2019---
--- [Fecha de Consulta: 14 de diciembre 2022]

Posner, R. (1980). *Retribution and Related Concepts of Punishment*. The Journal of Legal Studies, 9(1), pp. 71-92. Recuperado de <https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdf/10.1086/467628>

Pozo, R. (2021) ¿Es la Justicia Juvenil Patriarcal? Percepciones, Actitudes y Expectativas de los y las Profesionales que Intervienen Directa o Indirectamente con las Jóvenes y Niñas Infractoras. GÉNEROS, Multidisciplinary Journal of Gender Studies Vol. 10 No.1 February 2021 pp. 1-21

Programa Nacional de Centros Juveniles (13 de octubre de 2021). OIT dicta taller de emprendimiento para adolescentes del Centro Juvenil Santa Margarita. Gob.pe <https://www.gob.pe/institucion/pronacej/noticias/544375-oit-dicta-taller-de-emprendimiento-para-adolescentes-del-centro-juvenil-santa-margarita> [Fecha de Consulta: 14 de diciembre 2022]

Programa Nacional de Centros Juveniles (18 de octubre de 2021) Jóvenes culminan el taller “Adolescentes Fuertes y Seguros. GOB. <https://www.gob.pe/institucion/pronacej/noticias/546273-jovenes-culminan-el-taller-adolescentes-fuertes-y-seguros> [Fecha de Consulta: 14 de diciembre 2022]

Rachels, J. (2006) Introducción a la filosofía moral. Fondo de Cultura Económica.

Ramiro, M. (2005). *Paternalismo jurídico y moralismo legal en una sociedad multicultural*. Derechos Fundamentales, Valores y Multiculturalismo. Madrid: Dykinson. pp. 111-151. Recuperado de <https://www.torrossa.com/gs/resourceProxy?an=2509241&publisher=FZ1825>

Redondo Illescas, S.(2017) Evaluación y tratamiento de delincuentes. Ediciones Pirámide.

Reuter, P & Bushway, S. (2017) Revisiting Incapacitation: Can We Generate New Estimates? Journal of Quantitative Criminology, Vol. 23, issue 4, December 2007, pp. 259-265

Rivera, I (1998) El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Esplugues de Llobregat

Román, M. (2015). *Los Derechos Humanos en el pensamiento de Norberto Bobbio*. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Getafe: Madrid. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38076.pdf>

Ross, Lee. 2021. Prisoner Reformation and the Promise of Religion. *Religions* 12, p.105.

Rubio, H (2012) La prisión: reseña histórica y conceptual. *Ciencia Jurídica: División de Derecho, Política y Gobierno*. Vol. 1, Núm. 2 (2012), pp. 11-28

Ruiz, M. (1944). *Actualidad de la venganza: tres ensayos de criminología*. Buenos Aires: Editorial Losada. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/134749.pdf>

Salmón, E. (2016). *Curso de Derecho Internacional Público*. Lima: Fondo Editorial.

Sánchez-Valverde, C. (2016) El interés superior del niño y de la niña. El debate ideológico a través de las denominaciones: ¿niño/niña? o ¿menor? *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social: IPSE-ds*, N° 9, 2016, págs. 55-68

Sancho, M.D (2014) Sociología de la desviación: Howard Becker y la "teoría interaccionista de la desviación" *Revista ConflictoSocial*, Año 7, N°12, Julio-Diciembre, pp. 65-87

Šaranović, N.B. (2020). Montenegro: Religion in Prisons. In: Martínez-Ariño, J., Zwilling, AL. (eds) *Religion and Prison: An Overview of Contemporary Europe. Boundaries of Religious Freedom: Regulating Religion in Diverse Societies*. Springer, Cham

Sattar, A. (2020) *Criminal Punishment and Human Rights: Convenient Morality*. Routledge Research in Human Rights Law

Scheerer, S. (1989). "Hacia el abolicionismo", *Abolicionismo penal*, trad. inglés de M.A. Ciafardini y M.L.Bondanza, Ediar, pp. 15-34.

Sedano, J. (2020) El interés superior del niño y su recepción en los contextos nacionales: análisis a la luz del derecho comparado. Editorial Universitat Politècnica de Valencia.

Seleme, H. (2015). *La neutralidad del Derecho*. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, 2. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. pp. 1247-1274. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6346056>

Serra, A (2015) Actualidad de las teorías de la retribución en el Derecho Penal: de la ley del Talión a las corrientes neo-retribucionistas: las doctrinas alemana y estadounidense. Tesis para obtener el grado en Derecho. Universitat Pompeu Fabra.

Söderlund, J. & Newman, P. Improving Mental Health in Prisons Through Biophilic Design. *The Prison Journal*, 97(6), 750–772.

St. John, V. J., Blount-Hill, K.-L., Evans, D., Ayers, D., & Allard, S. (2019). Architecture and Correctional Services: A Facilities Approach to Treatment. *The Prison Journal*, 99(6), 748–770. <https://doi.org/10.1177/0032885519877402>

Sweeten, G. & Apel, R. "Incapacitation: Revisiting an Old Question with a New Method and New Data." *Journal of Quantitative Criminology* 23,4 (December 2007): pp. 303-326.

Torre Cuadrada, S. (2016). *El interés superior del niño*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, XVI. México, D.F. pp. 131-157. Recuperado de https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-46542016000100131&script=sci_abstract

Traylor, L., & Richie, B.E. (2012). *Female Offenders and Women in Prison*.

UNICEF (2020) Niñas, niños y adolescentes en el Perú: análisis de su situación al 2020.

Ureta, I. (2021) AUTOESTIMA PARA EL ÉXITO Y LA FELICIDAD. Socialab. <https://comunidad.socialab.com/challenges/PLAY/idea/121592> [Fecha de Consulta: 14 de diciembre 2022]

Van Gundy, A & Baumann-Grau, A (2013) *Women, Incarceration, and Human Rights Violations*. Routledge

Vásquez, O. (2015) Las Políticas Públicas y los Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal. Posibilidades y Límites en la Aplicación de la Remisión Fiscal en el Perú.

Vega Santa Gadea, F. (1972). Regímenes penitenciarios. *Derecho PUCP*, (30), 197-204. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197201.014>

Villalta, C. (1998). El Juez en el Lugar del "Buen Padre de Familia". Acerca de Recursos e Intereses. Asociación Argentina de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores y Familia. III Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G, Temuco, pp. 655-667

Visher, C. A. (1987). Incapacitation and crime control: Does a "Lock 'em up" strategy reduce crime?" *Justice Quarterly*, 4(4), pp. 513–543.

Von Hirsch, A (1998) *Censurar y Castigar*. Trotta Editorial

Von Hirsch, A., Roberts, J.V., Bottoms, A.E., Roach, K. & Schiff, M. (2003) Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A 'Making Amends' Model? En: Von Hirsch, A., Roberts, J.V., Bottoms, A.E., Roach, K. & Schiff, M. (Eds.) *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms*. (pp. 21-41) Hart Publishing.

Walen, A. (2016) "Retributive Justice", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justice-retributive/>

Ward, T & Maruna, S. (2008) *Rehabilitation: Beyond the risk paradigm*. Routledge.

Widom, C. S., & Osborn, M. (2021). The Cycle of Violence: Abused and Neglected Girls to Adult Female Offenders. *Feminist Criminology*, 16(3), 266–285.

Witte, J. (2019) *Church, State, and Family: Reconciling Traditional Teachings and Modern Liberties*. Cambridge University Press

Whitehead, J. & Lab. S. (2018) *Juvenile Justice: An Introduction*. Routledge.

Yin, E. T. (2022). The material conception of religion among inmates in the Ankaful maximum security prison, Ghana. *Masyarakat, Kebudayaan Dan Politik*, 35(3), 252–264.

Yong, E. (2017). *El sicariato y los menores de edad*. Tesis para obtener el grado académico de: Magíster en Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/9972>

Zernova, M. (1988). *Restorative Justice: Ideals and Realities*. Hull: Ashgate Publishing.

Zernova, M. (2007) *Restorative Justice: Ideals and Realities*. Ashgate.

Zimrig, F. & Hawkins, G. (1995) *Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime*. Oxford University Press.

Constituciones del Perú

- Constitución Política de la República (1933)
- Constitución Política del Perú (1979)
- Constitución Política del Perú (1993)

Normas Nacionales

- Ley N° 27337, “Código de los Niños y Adolescentes”
- Decreto Legislativo N° 1348, “Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes”
- Decreto Legislativo N° 1299, “Decreto Legislativo que transfiere el Sistema Nacional de Reinserción Social del Adolescente en Conflicto con la Ley Penal al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”
- Decreto Supremo N° 004-2018-JUS, “Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1348”
- Resolución Administrativa N°539-CME-PJ, “Sistema de Reinserción Social del Adolescente Infractor (SRSAI)”

Convenios, opiniones y reglas internacionales

- Declaración de los Derechos del Niño
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Reglas de Beijing: Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores.
- Directrices de Riad: Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

- Directrices de Viena: Directrices de acción sobre el niño en el sistema de justicia penal.
- Reglas de La Habana: Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.
- Observación General N°10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores.
- Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial
- Observación General N° 17 sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes
- Observación General núm. 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia
- Observación General núm. 24 sobre los derechos del niño en la justicia de menores.



ANEXO 1: TESIS SOBRE ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA LEY PENAL EN EL PERÚ DURANTE LOS ÚLTIMOS DIEZ AÑOS

Año	Autor/a	Título
2007	Lorena Pastor	Nosotras no somos malas: El teatro como recurso comunicacional y estrategia socioeducativa para romper estigmas y generar encuentros
2009	Nelly Luz Cárdenas Dávila	Menor Infractor y Justicia Penal Juvenil
2013	María Ynes Valderrama Fernández	Factores que influyen en la reincidencia del delito por robo agravado de los adolescentes infractores de la ley del Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación Trujillo en el período 2012-2013
2014	César Antonio Linares Polo Yanina Yavira Galvez Li	Lineamientos de rehabilitación y reinserción social del menor infractor del Centro Juvenil "Servicio de orientación al adolescente" Rímac-Lima
2014	Úrsula Gianina Ortiz Cabellos	La necesidad de criterios objetivos de determinación de las medidas socioeducativas en el sistema de justicia penal juvenil
2015	Lilía Mariangela Pérez Gallardo	Influencia de la comunicación familiar en la conducta delictiva de los adolescentes pertenecientes al Programa Justicia Juvenil Restaurativa del Ministerio Público - La Libertad (2014)
2015	Rolando Portocarrero Zumba Lorena Lizbeth Talledo Maricahua	Internamiento en adolescentes infractores a la ley penal en la ciudad de Iquitos (2011-2013)
2015	Alberto Elías Blas Zamudio Revilla	Dimensiones de personalidad y conducta infractora en jóvenes de 16 a 20 años de edad del Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación de Lima
2016	Katherine Sumiko Moscoso Morante María Almendra Rottier Pérez-Albela	Prototipos de personalidad en adolescentes infractores según el Inventario Clínico Millón (MACI)
2016	Stefany Cristina Diaz Peña	Análisis de la formación técnico productiva del sistema de reinserción social del adolescente en conflicto con la ley penal en el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación de Lima (2015)
2016	Franclín Peralta Flores María del Carmen Mogollón Holgado	La aplicación de medidas socioeducativas de internación de 6 a 10 años para los menores infractores de la ley penal
2016	Nadiuska Huallpayunca Calderón Jayna Mirelia Sayre Gamarra	Condiciones sociales, económicas y jurídicas de los menores de edad por infracción a la ley penal, en el Centro Juvenil de Rehabilitación y Diagnóstico Marcavalle de Cusco (2015)
2016	Rogers Ventura Ninatanta Castillo	El control social informal como factor de influencia en el adolescente infractor penal

2016	Jeissy América Rengifo Quispe	Tratamiento de los menores de catorce años de edad que cometen infracciones contra la ley penal en la Zona Judicial de Huánuco (2015)
2016	Mardeleyni Guevara Pérez Ana del Rosario Severino Marchena	Resiliencia y riesgo suicida en adolescentes de un Centro Juvenil Diagnóstico y Rehabilitación "Pimentel" (2016)
2016	Yenifer Estefanía Zavaleta Carbajal	La afectación de las garantías del debido proceso en el proceso penal especial para adolescentes infractores
2017	Diana Carolina Benavides Añamuro Rocío Milagros Quispe Apaza	Factores jurídico-sociales en la comisión de actos de infracción a la ley penal en los adolescentes de las provincias de Puno y San Román (2014-2015): Propuesta de solución
2017	Jahaira Alburquerque-Vílchez	Análisis de las medidas socioeducativas impuestas a adolescentes infractores previstas en el Nuevo Código de Responsabilidad Juvenil
2017	Lisbeth Melissa Mauricio Morales	Las medidas socioeducativas en la rehabilitación e integración del adolescente infractor en el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación de Lima
2017	Angela Giovanna Manayay Mercedes	Las políticas públicas en el sistema de justicia juvenil restaurativa, aplicación de la remisión en los adolescentes infractores del distrito de Chiclayo
2017	Christian Fernandez Rivera	La aplicación de la justicia restaurativa en la solución de conflictos penales de menores de edad infractores en el Sistema Penal Peruano
2017	Elizabeth Felicitas Rosario Castillo Vergara	Justicia restaurativa en el sistema penal juvenil Peruano
2018	Ian Jorge Medina Salas	Justicia restaurativa: la evasión no violenta como un nuevo supuesto de remisión
2018	Blanca Fabia Infanzon López	Tratamiento jurisdiccional a adolescentes Infractores a la Ley penal de la Provincia de San Román
2019	Eduardo Antonio Velezvilla Ñañez	Eficacia del beneficio de variación de la internación de menores infractores según el dl 1348 en el distrito judicial de lima en el año 2018"
2019	Susan Katherine Santos Silva	Las medidas de prevención, y la eficiencia y efectividad de las medidas socioeducativas en los adolescentes infractores en el Perú
2019	Juan Carlos Escobar Condori	La influencia del régimen jurídico en el enfrentamiento de la delincuencia juvenil en américa del sur
2019	Pavel Iván Vasquez Torres	Responsabilidad Penal en los adolescentes en el distrito judicial de Lambayeque.
2019	Chávez Pérez, Yissel Gimena - Justo Agorto, Julia Mildred - Mendoza Villarreal, Kennedy Eutropio	Medidas socioeducativas y su efecto en adolescentes infractores del delito de Violación Sexual de menor de edad en la Provincia de Huánuco

2020	Daniel Llaury Linares	Factores de riesgo que influyen en la conducta delictiva de los adolescentes infractores a la Ley Penal en el Distrito Judicial de Lima Este - 2020
2020	Rosa Maria Campana Palomino	La imputabilidad del menor de edad: ¿Se puede seguir con el confort legislativo frente al perfil criminológico del Adolescente Infractor?
2020	Yanny Carolay Vela Gonzales - Fiorella Rosa Elvira Holguin Saavedra	El control social y reinserción de los adolescentes infractores en conflicto con la ley penal en la provincia de Coronel Portillo 2019
2020	Fatima Marcela Acosta Roberto	Efecto jurídico del delito de sicariato en los menores de 14 a 17 años infractores
2021	Rai Brandon Candia Garcia	La conducta delictiva en adolescentes infractores de delitos comunes, en el distrito del agustino 2020
2022	Alex Eduardo, Salcedo Pérez	Factores criminológicos que influyen en la conducta de los menores infractores de la ley penal
2022	Keila Adai Guevara Fernández	La resocialización de los adolescentes infractores sentenciados durante los años 2018 al 2019 en Utcubamba
2022	Cintha Beatriz Ramirez Rosales	Factores de riesgo en la reincidencia delictiva de los adolescentes infractores del servicio de orientación al adolescente. Chimbote. Año 2019.
2022	Gonzales Huaranca, Mireya Solangie	Los desafíos del programa de reinserción social del Centro Juvenil de Diagnóstico y rehabilitación Santa Margarita

ANEXO 2: DIARIO DE VISITAS



Fecha: Sábado 26 de septiembre de 2015

Horas: 3:00 pm – 6:30 pm

Llegué al Centro Juvenil Santa Margarita el sábado por la tarde. Situado en la Avenida La Paz, en una alterada zona del distrito de San Miguel y a solo unas cuadras del centro para menores varones infractores de la ley, la institución se exhibe como un enorme muro de losa color verde y un cartel con letras de bronce, rodeado de alambreados electrificados. Al igual que en las prisiones, todo visitante pasa por sensores de detección de metales, deja sus pertenencias a los guardias de la puerta y entrega su documento de identidad. Está prohibido el ingreso de lápices, celulares y gaseosas de color oscuro, así como grabadoras y cámaras fotográficas.

Cuando ingresé ya había comenzado la misa en el único patio de la institución, casi del tamaño de una cancha de baloncesto promedio. El techo está totalmente cubierto por una capa de plástico y un tupido enrejado. Desde ahí abajo, solamente se podía ver a duras penas el color blanco del cielo. Más tarde me enteré que las adolescentes apenas son capaces de enterarse del clima. Las paredes traían diseños de mariposas rosadas y amarillas, como los colores de los uniformes, y en medio del óxido y el polvo que arrastra el mar, a tan solo unos metros allí, producía un efecto desolador. En “Santa Margarita” siempre hace frío debido a su cercanía a las playas de Lima; los objetos se deterioran y ensucian con facilidad y las adolescentes están obligadas a utilizar varias prendas al mismo tiempo. No pude encontrar a ninguna con zapatos. En su lugar, traían gruesas medias de colores y sandalias de playa. Se encontraban sentadas en blancas sillas de plástico frente a un altar improvisado y las demás habían encontrado un espacio en los extremos del patio, acurrucadas una al lado de la otra. En uno de los extremos se encontraban todas las adolescentes embarazadas y las que ya habían dado a luz, amamantando y meciendo a sus niños. Ninguna parecía pasar los quince años.

Me ofrecieron un asiento. Muchas adolescentes voltearon a mirarme con extrañeza, entre curiosas y algo alarmadas por mi presencia. El impacto de haber entrado fue una mezcla de pánico y desorientación. Vi que realmente estaba sola y que no se trataba de un lugar cualquiera, de un simple patio descuidado con paredes garabateadas o de otra institución de mal funcionamiento, sino de lo único que les quedaba a muchas de ellas, especialmente a las que vivían en provincias muy alejadas y que se encontraban solas en la capital, con muy pocas o casi ninguna visita, o las que ya habían sido olvidadas por sus familias, infectadas por el estigma de haber cometido un crimen y pasar por el encierro. Pensé en una última modificación de la ley penal que confirmaba que un menor de edad ahora podía pasar hasta diez años en un centro como este. Diez años entre cuatro paredes es un largo tiempo.

El Centro Juvenil Santa Margarita es la única institución en el país que recibe a mujeres menores de edad que han sido condenadas por delitos. Actualmente cuentan con casi ochenta adolescentes entre catorce y diecinueve años de edad en una edificación de pobres proporciones y que aunque tiene grandes y decorados espacios para los niños y las madres lactantes, no tiene el suficiente espacio.

Aún bajo el primer impacto de haber ingresado al centro, me dediqué a observar mi entorno. Las adolescentes de "Santa Margarita", en su mayoría, se recogen el pelo en moños redondos encima de la cabeza y que se jalan a modo de juego o para llamarse la atención. Mantienen una comunicación muy abierta y física entre ellas; es muy usual verlas caminando del brazo, agarradas de las manos, hablándose muy cerca al oído o dándose manotazos amistosos en la espalda y los brazos. Se han organizado en pequeñas células, algunas más difíciles de dividir que otras, pero a pesar de ello toman muy en cuenta la idea de la "familia" y la "hermandad" al momento de referirse a sí mismas como un gran grupo. Posteriormente me contaron que cuando llega una chica nueva, es posible que en el mismo día entable amistades, especialmente si adentro

encuentra a conocidaso si ingresa junto con alguna amiga, lo cual puede parecer poco probable, pero en realidad ocurre a menudo, pues muchas adolescentes fueron procesadas juntas por el mismo delito.

Existe un personal de seguridad y cuidadoras. No tuve señales de la directora de la institución durante el día y al parecer suele estar ausente, lo cual conlleva a que, en palabras de las adolescentes, no tenga mucho conocimiento de lo que sucede dentro del centro juvenil. Una de las cuidadoras era una mujer pequeña y seria a la que las adolescentes llaman *Mayina* y que paseaba por el patio durante la misa, despertando a aquellas que se dormían y llamando la atención a quien se pusiera de pie o cuchicheara durante el sermón. No observé que se utilizara la disciplina física con las adolescentes, pero sí que existía un gran respeto por los visitantes como yo, que éramos observados desde lejos y tratados de usted.

Durante la misa pude contar tres tipos de reacciones ante la ceremonia religiosa: un grupo de adolescentes participaba tímida pero atentamente a los cantos y las indicaciones del sacerdote, otro se mantenía distante e indiferente, mirando los programas impresos, mientras que el último grupo reaccionaba con bastante humor, bromeando sobre las reflexiones mediante gestos y susurros y apoyándose una sobre la otra cuando el sueño las vencía. La idea de Dios y los principios del cristianismo es sumamente importante en la formación de las adolescentes de “Santa Margarita”, ya que esto se vuelve en su soporte emocional y espiritual, en vista a los vacíos que sufren en cuanto a familia y formación personal.

Varias adolescentes han sido bautizadas y deciden comulgar durante la misa, colocándose una detrás de la otra a empujones para recibir la hostia. Algo similar ocurrió finalizado el culto cuando el sacerdote ofreció repartir agua bendita sobre las cabezas de quienes lo pidiesen. La actitud de las adolescentes hacia él era recelosa, como si pudiesen percibir desde un principio, que estaban siendo juzgadas. Durante un momento de la misa

católica uno debe de darse la mano o abrazarse con las personas a su alrededor y así, mediante una manifestación de afecto, “darse la paz”. Las chicas aprovecharon para correr de un lado a otro a darse fuertes abrazos y besos en las mejillas y cerca de la boca. Una de ellas, a tan solo unos pasos de mi asiento, me sonrió de lejos y yo, que hasta ese momento había intentado evitar el contacto visual, le sonreí de vuelta.

Los demás invitados al centro juvenil habían sido colocados en otro extremo del patio. De lejos vi a una mujer muy rubia y delgada, de buen vestir y piernas largas, cuyo rostro serio confundí con soberbia, y que en realidad era una ciudadana finlandesa que se dedicaba a contar cuentos, muy expresivamente, con muchos sonidos, gestos y posiciones extrañas que hacía reír a su público. Antes de su presentación, un hombre de corta estatura y cabello ensortijado contó una historia. Al terminar la narración de cuentos se pidió a las adolescentes que se organizaran en grupos de seis o siete que luego se le asignó a cada uno de los invitados.

Conversación en grupo #1

Lo primero que a uno se le advierte es que no comience ni hable del motivo del internamiento y que está prohibido dar datos personales, como números telefónicos y direcciones. Al ser mujer, una es tratada inmediatamente de usted y bajo el título de “*madre*”, palabra con la que se refieren a las visitantes, independiente de la edad que tengan. Me tocó trabajar con siete adolescentes entre quince y diecisiete años de edad, de las cuales solamente cinco llegaron a conversar conmigo, pues dos de ellas optaron por aislarse y hablar entre ellas, un poco intimidadas o quizá aburridas por mi presencia. Fui recibida con mucha amabilidad y respeto.

La mayor se llamaba KAREN. Podía imaginármela fácilmente afuera, bailando en fiestas, saliendo con chicos, riéndose en la calle. Emanaba una imagen de liderazgo y poder por entre las demás chicas, probablemente por su edad y por su carácter gracioso pero duro. Antes de “*caer*”, palabra que utilizan para designar el momento en que son detenidas y procesadas,

deseaba estudiar administración bancaria, pero ahora había decidido aprender a hacer tatuajes y manicura. Llevaba puestos unos leotardos negros con un largo diseño de FRIDAes y mariposas en la pierna derecha que ella misma había hecho. Le dije que aquello se vería muy bien si fuera un tatuaje y me dijo que pensaba lo mismo. Con el paso de las casi tres horas que pasamos conversando, llegó a mostrarme los distintos dibujos que le cubrían el cuerpo. El que más me llamó la atención fue el de su pantorrilla; una enorme araña que colgaba de una simétrica tela. Cuando le dije que reconocía a la viuda negra, me sonrió y se limitó a señalar *“tú sí sabes”*, expresión que se usa para reconocer positivamente la experiencia o el conocimiento de alguien más. KAREN me contó que, en el peor de los casos, saldría en febrero del próximo año. Sus compañeras le recordaron que debía tener fe.

Al inicio no supe muy bien cómo comunicarme con las adolescentes y al parecer mi nerviosismo fue tan obvio que decidieron darme una mano, preguntándome mi edad, si es que era de la capital y qué hacía por la vida. Cuando les comenté que estudiaba Derecho se emocionaron un poco, llenándome de preguntas de cuánto demoraba seguir la carrera, si es que era muy difícil y de las cosas que podía conseguir. Dentro del grupo había tres madres con niños fuera del centro y una de ellas estaba embarazada de su segundo bebé. En algún momento me mostró su vientre hinchado, en plena formación, y mencionó que si resultaba varón, se tatuaría el nombre en el hombro. En realidad, todas las chicas del grupo tenían deseos de tatuarse algo en el cuerpo, mayormente los nombres de sus hijos o de sus madres. Los padres de sus bebés estaban lejos o de lo contrario, ya estaban separados.

Su perspectiva de la vida en pareja y del amor me llamó la atención. Conservaba la típica inmadurez de niñas de su edad, pero al mismo tiempo con una perspectiva realista que cualquier persona de su edad no tendría. Les conté que llevaba una relación de dos años y de manera inmediata preguntaron si es que algún otro hombre había intentado estar conmigo y que si no consideraría quedarme con otra persona que fuese más

atractiva o tuviese más dinero. Me contaron que es normal que una mujer tuviese varias opciones y bromeaban entre ellas, acusándose de tener más de un pretendiente esperándolas fuera. La mayoría venía de familias disfuncionales con madres sumisas o inestables. ALMA, adolescente que estaba embarazada, me comentó, casi al final de la reunión, que su madre había intentado suicidarse y que ella tuvo que detenerla y recordarle lo importante que era que se quedara en este mundo. “¿Nunca le ha ocasionado dolor a su mamá?” me preguntó, bastante triste, y le contesté que sí, que todo el tiempo, y sus demás compañeras afirmaron lo mismo, alegando que era una pregunta muy tonta, porque todas en algún momento lo habían hecho.

ALMA se había convertido al cristianismo recientemente. En algún momento KAREN me preguntó si creía en el cielo y en el infierno. Le dije que sí, pero que creía que el cielo y el infierno también uno lo construía con sus acciones. CELESTE me dijo que ella sí creía en el infierno y que cuando aún estaba con el padre de su hijo, había hecho un pacto con Satanás y le había dado su alma, alentada por el muchacho. Poco después habló con un pastor, quien expulsó a la energía negativa de su cuerpo y que desde ese momento, era acosada por una aparición monstruosa con cuerpo de hombre, rostro de lobo y enormes cuernos de toro. CELESTE afirmaba que siempre quiso ver el infierno con sus propios ojos para poder dar testimonio.

Mientras conversábamos, algunas adolescentes se habían cubierto con sábanas muy delgadas y apoyaban sus pies una encima de la otra, intentando calentarse y protegerse de la fría brisa que venía del océano. FRIDA dijo que sería buena idea preguntarme cómo se encontraba el clima ya que yo podía por lo menos observar el cielo; las habitaciones no tenían ventanas y el patio estaba casi totalmente cubierto, así que era imposible para ellas saber si el cielo estaba nublado o si había salido el sol. Les comenté que hacía poco había habido un terremoto en Chile. FRIDA, medio en serio y medio en broma, dijo que, si hubiese un terremoto aquí, los guardias todos escaparían por la puerta principal, dejándolas a que se

ahogasen en sus habitaciones. “Madre, si lee en las noticias que todas morimos después del tsunami, por favor vaya a prenderme una vela... ¡Y de paso una bolsa de pan!” comentó, haciéndonos reír a todas. No pude evitar, sin embargo, notar un tono de tristeza en sus bromas.

Todas estaban de acuerdo en que dentro de Santa Margarita los días pasaban horrorosamente lentos. A pesar de llevar una pésima alimentación a base de harina e infusiones insípidas, todas, excepto una, habían engordado casi diez kilos desde el día en que ingresaron. Me sorprendió mucho que recordaran un detalle como ese. KORA me dijo que una aprendía a comer más por ansiedad que por hambre, y que era muy sencillo deprimirse y desesperarse por salir. Tenía un hijo esperándola afuera y que estaba siendo cuidado por sus padres. *“Me dieron la opción de traer a mi bebé aquí conmigo, pero me negué. Aquí los niños sufren, madre*

¿No ha visto a los que estaban caminando por ahí en misa? Están perdidos y encerrados. Mi hijo me viene a visitar, y cada vez que se va es terrible, pero prefiero que esté afuera, siendo feliz, viendo televisión y jugando en el parque” me contó KORA mientras se acomodaba en su asiento. Me dijo también que quisiera tatuarse el nombre del niño en su brazo; cuando me lo mostró pude ver una serie de cicatrices de corte en sus muñecas. FRIDA, poco antes, la había llamado *“pepera”*, palabra que se utiliza para denominar a una mujer que consume o que reparte pastillas. Entendí que lo más probable es que tuviera una fuerte receta de antidepresivos. Santa Margarita, hasta hace unos años y según un informe oficial realizado por la Defensoría del Pueblo, contaba con un solo psiquiatra que venía de manera intermitente y solo por cuatro horas. Probablemente resultase más barato y práctico medicar adolescentes que pagarles terapias intensivas.

En medio de las conversaciones mencionaron una celda especial de castigo llamada *“PAI”*. El PAI es una celda de aproximadamente dos metros de largo y ancho con un diminuto enrejado en el techo y donde son enviadas las adolescentes que pelean entre ellas o que son encontradas en prácticas lésbicas. Pueden permanecer encerradas hasta por un tres meses, recibiendo los platos de comida por debajo de la puerta

y en completo aislamiento, además de pasar quince días sin visitas ni llamadas telefónicas. En el grupo algunas habían estado en el PAI, como por ejemplo KAREN, quien me confesó que el tiempo se pasaba mucho más rápido cuando estaba así de sola, y que además, se podía dormir mejor y más tiempo.

Los horarios son estrictos en Santa Margarita. Las adolescentes se levantan a las cinco de la mañana como hora oficial, pero muchas permanecen despiertas desde las tres para poder usar el baño, ya que solo hay una ducha en toda la institución para casi ochenta mujeres. Los desayunos se componen de dos panes con una infusión y después de rezar, actividad que ocupa la mayor parte de su día, son enviadas a un ambiente contiguo a los dormitorios donde reciben clases hasta el mediodía. Durante la tarde se realizan talleres de bisutería y de manualidades a los cuales no es obligatorio ir, aunque, como me comentó FRIDA, resultaba muy provechoso para los *cuadernos de progreso*, unos textos en donde apuntaban lo mucho o poco que una interna iba mejorando desde su ingreso.

La vida en encierro es definida como aburrida y es por eso que se aprecian tanto las visitas. De vez en cuando ocurrían chispazos de diversión, como las fiestas que se organizaban entre las adolescentes de Santa Margarita y los adolescentes del centro Maranguita, para varones. Hacía poco, me comentaron que había habido un concierto y KAREN, entre risas, me dijo que si visitaba a los chicos, trabajara con el pabellón "San Martín", donde se encontraban los más guapos. Todas confirmaron su consejo.

KORA y FRIDA, ambas amigas y que habían sido procesadas juntas y rápidamente, ya que habían pruebas en video que jugaban en su contra, me recordaron más tarde, a la hora de despedirnos, que significaba mucho tener alguien de afuera con quien hablar. *"A usted, madre, nadie la obliga a venir, sino que solita se ha interesado por nosotras y eso se lo agradecemos mucho. Aprendemos a hacer cosas para tener algo que*

ofrecer, porque no es justo que usted nos dé su tiempo y nosotras la recibamos con las manos vacías” me dijo, mientras realizábamos el característico abrazo grupal de despedida. Me preguntaron si iba a regresar, y aunque les prometí que lo haría, insistían en que todos siempre decían lo mismo, pero todos se van y al final, nadie regresa.

Abracé a cada una por separado y prometí nuevamente, de todo corazón, y lo decía en serio, que iba a volver la semana siguiente. En medio de la despedida, FRIDA gritó a las demás que había una nueva interna, señalándome, y que me iba a quedar a dormir. Todas respondieron con una risa. Recogí los carteles plásticos con sus nombres que les colgaban del cuello y salí del patio hacia el recibidor, no sin antes pasar por una pequeña merienda de gaseosa y pastel de chocolate que habían preparado para los invitados. Todos habíamos podido ingresar gracias a la Asociación Kawsasun-Vivamos que trabaja en Santa Margarita y Maranguita, desde 1997 y que tiene como objetivo la difusión de la cultura de paz. En el grupo habíamos varias mujeres jóvenes, una ya mayor y un hombre que había traído a su niña de doce años. Compartimos rápidamente las experiencias, llenamos una encuesta y nos despedimos.

Originalmente esta visita iba a ser hecha por cinco personas, pero todas resultaron tener otras actividades en este horario salvo Mayra y yo. Ella estuvo trabajando con el grupo de las madres.

Planeo volver el próximo sábado, tal como lo prometí.

Fecha: Sábado 10 de octubre de 2015

Horas: 3:00 pm – 6:30 pm

A diferencia de la primera visita a Santa Margarita, esta vez no contamos con la presencia de Mercedes ni tampoco de ningún otro visitante o auxiliar. Cuando llegué encontré a la mayor parte de adolescentes en la sala de esparcimiento. Este es en realidad un cuarto medianamente amplio con tres mesas y varias bancas donde las adolescentes pueden jugar juegos de mesa, hacer manualidades y ver televisión. En esta oportunidad alguien había conseguido una película de terror "*Así en la tierra como en el infierno*".

En la mesa cerca de la ventana se encontraban KAREN, FRIDA, JESSICA, ALMA y algunas adolescentes que aún no conocía. KAREN estaba pintando un afiche de cartulina donde había un chico y una chica unidos por un corazón en el medio. Era un dibujo simple con formas bastante infantiles pero hecho con precisión y detalle. JESSICA y ALMA miraban televisión, mientras FRIDA trabajaba en una manualidad hecha de papel. "Quiero hacer dos perros" me mencionó mientras coloreaba unos papeles con pintura acrílica.

En cuanto llegamos al centro, Mercedes nos había dejado dos listas con todos los nombres de las adolescentes. Era necesario que llenásemos las casillas vacías: visitas, fecha de ingreso, fecha de salida y probable fecha de salida en el caso que recibieran la semilibertad. A diferencia de la primera vez, ya no había tiempo de formar una conversación plena antes de preguntar directamente por fechas y datos. Esta tarea fue bastante incómoda, pues en algún momento pensamos que estábamos siendo bastante invasivas.

Aunque la película se mostraba bastante violenta, no había reacciones. Mientras iba de un lado a otro a preguntar sobre sus datos, algunas adolescentes se detenían a preguntar por qué y se mostraban interesadas en mirar los datos de las demás. Sin embargo, se nos había advertido que cuidásemos que ninguna viera la información del resto. Afuera de la sala de esparcimiento, un buen grupo de adolescentes yacían en el suelo

jugando con tableros y fichas, las madres permanecían juntas en el extremo del patio, meciendo a sus bebés y los coches, mientras otro grupo dormía en las bancas de cemento. Siempre me ha llamado la atención que, sin importar la hora o el día de las visitas, parecía que siempre iban a encontrarse adolescentes durmiendo profundamente por todos lados.

Entre las bancas de la sala vi a una interna con uniforme marrón, probablemente parte del Programa 3 o Programa 2, con el cabello muy corto y un lunar en la mejilla izquierda. Besaba continuamente a una chica sentada a su lado en el rostro y la tomaba de las manos.

-¿Quién es ella?- le pregunté a KAREN con disimulo.

-¿Ella? ¿Por qué? ¿Te gusta?

-No, pero debo de tomarle sus datos.

FRIDA apareció por mi lado y me dijo al oído *“Es una que se cree hombrecito. La de su lado es su pareja”*. Demoré varios minutos en pensar cómo pedirle sus datos. Finalmente, cuando Mercedes volvió para darnos una mano, supe que su nombre era REBECA. Forzaba la voz para sonar más grave. Me dio sus datos y desapareció a buscar a su compañera. Mientras buscaba algunos nombres en la lista, ingresé a un pequeño cuarto cubierto de losas. Había tres madres dándole de lactar a sus bebés o meciendo sus coches. Se sentía un asfixiante olor a desinfectante y lejía.

Dentro de la sala, FRIDA, KAREN y JESSICA buscaron papeles rotos donde escribieron sus correos electrónicos y contraseñas. KAREN me pidió que actualizara su cuenta de Facebook y publicara un estado nuevo, mientras que FRIDA y JESSICA solo deseaban saber qué publicaciones nuevas había en sus perfiles. Me dieron una serie de nombres que revisar; ambas me pidieron también traer fotografías de sus seres queridos y amigos. Después de consultar con Mercedes, se me informó que las

restricciones son cada vez más estrictas en Santa Margarita y no iba a ser posible.

De por sí, ya estaba prohibido el ingreso de jugos, frutas, gaseosas oscuras, así como de aparatos electrónicos. Incluso los peluches eran abiertos por los guardias de seguridad para poder extraerles los pequeños dispositivos que emitían música o sonidos de su interior. De igual forma, el ingreso de lapiceros, lápices, objetos punzocortantes y similares estaba prohibido. Muchas veces algunas adolescentes habían intentado escapar usando estas herramientas. En las últimas semanas, se había vedado el ingreso de caramelos; mediante la fermentación del azúcar, muchas adolescentes conseguían fabricar bebidas alcohólicas.

Pasé el día recopilando notas y sentada con las chicas de la sala de esparcimiento. Cuando acabó la película, un buen grupo quería ver algún programa de televisión mientras que otras deseaban escuchar música. Apareció una cuidadora, uniformada con las poleras grises y los pantalones oscuros del Poder Judicial. En un abrir y cerrar de ojos, KAREN estaba gritándose con otra chica de su misma unidad, ella con el control del televisor en la mano y la otra con un disco de música. Sus gritos alteraron a las demás adolescentes, quienes no dudaron en avivar la pelea con golpes en las mesas, aplausos y más exclamaciones. La cuidadora, sola en aquel ambiente, separó a KAREN y su contrincante antes que se lastimaran a golpes. El ambiente se calmó después de un rato.

Este incidente dejó aún más en claro que las adolescentes terminan dividiéndose en distintos grupos que deciden voluntariamente no interactuar entre ellos. De la misma manera que en los colegios, se forman agrupaciones mucho más empoderadas que las demás y en donde sus miembros se cuidan entre sí. Algunos permanecen en estados mucho más neutrales y pacíficos, mientras que otros aprovechan la mínima oportunidad para establecer su posición de poder.

Al terminar el día, me reuní nuevamente con Mayra en el patio y tuvimos una conversación con Mercedes sobre cómo podríamos desarrollar la investigación. Se seleccionó a un grupo de catorce chicas en total, divididas en dos grupos de siete. Las más tranquilas irían al grupo de Mayra, mientras que las más extrovertidas estarían en el mío. Todas tenían en común que estaban prontas a retirarse del centro en los próximos dos meses lo cual resultaba bastante conveniente.

Quedamos en decidir un tema que discutir con nuestro grupo respectivo el sábado siguiente. Se nos comunicó que ya no era posible que se recibieran nuevas visitantes a Santa Margarita debido a que las adolescentes demoraban varias fechas en armar lazos lo suficientemente fuertes con los extraños como para hablar de los motivos por los cuales fueron detenidas, los detalles de su caso particular y las emociones que les producía el encierro. Bajo estas instrucciones, pasamos a retirarnos.

(...)

Fecha: Sábado 17 de octubre de 2015

Horas: 3:00 pm – 6:30 pm

Tercera visita. Cuando llegamos a Santa Margarita, Mercedes aún no había llegado y no pudimos verla hasta ya pasadas un par de horas. A comparación de las dos primeras visitas, esta vez parecían haber menos adolescentes activas y un gran grupo se encontraba durmiendo en el patio y en la sala de esparcimiento, donde pasaban una película de dibujos animados. Busqué a KAREN entre la multitud, pues se me había indicado que ella podría ayudarme a contactar a las demás adolescentes de mi grupo. FRIDA me comunicó que estaba castigada en el PAI por haberse negado a aceptar una sanción y que se quedaría ahí por lo menos durante el próximo mes. Difícilmente le importaba estar en aislamiento, pues lo más probable era que se retirase del centro el día lunes, decir, pasado mañana.

JESSICA me comentó que en el PAI a veces las cuidadoras o quien estuviese presente, hacía ruidos estrepitosos con ollas y con las paredes y que todo el día las adolescentes castigadas gritaban del susto, pues se les metía la idea que la zona estaba plagada de almas en pena.

De igual forma, una buena parte de adolescentes habían desaparecido. Me comunicaron que, entre nuestra última visita y el día de hoy, muchas fueron *dadas de alta* y un grupo se encontraba en el PAI. “Usted entiende cómo son las cosas ¿No, madre?” me preguntó JESSICA cuando conversábamos en el patio “Una chica es castigada, entonces su *compañera, que la quiere mucho*, también hace algo malo para que la castiguen, y así la *compañera que quiere a esta* y sucesivamente, hasta que las castigan a todas”. Con esto, JESSICA me quería decir que aquellas chicas que mantenían relaciones sentimentales con las otras, preferían ser castigadas en grupo, a fin de poner vigilarse mutuamente o por lo menos tener la seguridad que durante el castigo no se encontraran intimidando con otras jóvenes.

Durante esta visita tuve una larguísima conversación con JESSICA. Le pregunté sobre un tema quizá un tanto sensible, que era la prohibición absoluta de contacto físico muy amoroso. El concepto de “lesbianismo” u “homosexualidad” es inusual dentro del centro. Más que nada, las adolescentes utilizan frases como “una chica estando con otra chica”, “pareja”, “compañera” y cuando es visto de manera despectiva “machonería”. JESSICA me dijo que la gran parte de Santa Margarita no *gusta* de estar entre mujeres, sino que el encierro hace que algunas busquen la compañía de otras chicas con una connotación sexual. “A mi hasta ahora no me pasa, madre” me comentó JESSICA “No sé por qué a las demás sí, pero a mí de verdad no me nace”.

Mientras conversábamos, FRIDA se había retirado a un pequeño ambiente pasando las escaleras, al lado de un pasadizo oscuro en un extremo del patio. Había un largo y descuidado lavadero donde las adolescentes

lavaban su ropa a mano, para luego colgarlas en una serie de cordeles. JESSICA me preguntó si había obtenido las fotografías de Carol, una de las chicas que me había pedido investigar. Le comenté muy apenada que Mercedes me había recomendado no llevar fotografías y en general, no realizar ningún favor demasiado personal, pues era posible que las demás se enterasen y comenzaran a pedir cada vez más. JESSICA insistió en que tratara de intentarlo, pues a mí como visitante y encima como universitaria, no me revisarían los bolsillos nunca. Me contó que hacía poco uno de los profesores del *colegio* le había hecho el favor de revisar su perfil en Internet y que observó uno que otro comentario, pero ya había pasado mucho tiempo desde ese entonces. Le prometí que intentaría traerle la fotografía. En ese momento, JESSICA decidió confiarme la historia de cómo llegó a Santa Margarita:

Yo soy de Puno, madre, pero decidí vivir en Arequipa junto con mi mamá. Cuando tenía doce años comencé a robar [hurtar] algunas cosas y terminé en una casa hogar donde nos mandan cuando hacemos muchos problemas. Ahí conocí a mi hermanita [Carol]. Estuvimos juntas desde ahí y nos hicimos mejores amigas. No es como acá, o sea en cómo se tratan entre mujeres. Yo le decía hermanita porque de verdad lo era ¿Entiende? Y así pasó un tiempo y yo salí, pero ella se quedó un rato más. Me quedé trabajando con mi mamá allá en Arequipa, ayudándola en la casa y a vender zapatillas. Ganábamos plata, pero no demasiada y así fue que comenzó todo (...)

Tenía una batería como de diez personas. Habían un montón de hombres, en su mayoría tenían como veintidós años en adelante, habían algunos como de treinta o más. Los conocí gracias a mi hermano. Y ahí comencé a estar con mi hermanita. Nos dedicábamos a robar (...)

Pasó que una vez estudiamos a un médico allá en Arequipa. Lo estudiamos durante semanas, meses, dónde vivía, qué cosa hacía, a qué hora salía de trabajar y todo eso. Entonces un día el señor fue a recoger a su hija en camioneta, una chibola como de mi edad o menos. Esperamos a que ella saliera de un edificio y mientras unos atracaban al señor en la camioneta, yo fui donde ella y la golpeé hasta que cayó al suelo. Le dije que me diera toda su plata, pero me dijo que no tenía nada. Intenté quitarle las zapatillas, que estaban muy bonitas, pero se resistió y me dijo que no quería. Entonces le arranché el celular de la mano, un iPod 6 que estaba

muy chévere “¡Esto es mío!” le grité, y me eché a correr con los demás. Esa noche obtuvimos ocho mil soles del médico y nos repartimos dos mil a cada uno de los que habíamos estado (...)

Entonces más tarde yo estaba caminando por la calle y de repente veo a dos hombres que me están siguiendo. Mi hermanita estaba también por ahí. Comienzo a caminar más rápido por otras calles y ahí sí veo que están detrás de mí así que echo pique y me voy a correr por la calle. De la nada sigo corriendo y aparecen dos carros que me cierran el camino y yo salto sobre uno para escapar, pero los hombres me agarran. “¡Así que ere tú, chibola pendeja, conchatumadre! ¿Y ahora a dónde vas a correr?” me gritan y yo ya, perdí pues, madre, y me quedé ahí. Pero vi que también habían agarrado a mi hermanita y la traen a mi lado y comienzan a gritarle también.

En ese momento yo la miro y le hago un gesto y ella me entiende. Le grito a los tipos “¡Yo no sé quién es esta chibola! Oye ¿Y tú quién eres? ¿Qué cosa quieres acá?” Ellos se miran confundidos y me dicen que no puede ser, que ella había estado conmigo porque entraba en las descripciones que había dado el médico y su hija. Yo niego todo y digo que no sé, que no la conozco y que la dejen ir, porque no pintaba nada acá y que yo había sido la que había hecho todo. Y al final lo hicieron. ¿Qué por qué lo hice? Porque a diferencia de mí, ella no tenía mamá ni papá, ni tampoco plata ni casa. Vivía de mi ayuda y de la casa hogar. ¿Qué iba a ser de ella si se la llevaban conmigo? ¿Quién la iba a apoyar si la procesaban? No podía permitirlo y yo me chanté toda la responsabilidad, porque así es lo justo y así debían ser las cosas. Mi hermanita (...)

Me llevaron a una comisaría y poco después me trasladaron a Puno, porque total de ahí soy. Y recuerdo que estaba en una celda con unos señores que me interrogaban y una mujer policía me pedía que levantara la cara cuando me hablasen, pero yo no le hacía caso y me metió una cachetada en la cara que me la dejó ardiendo, pero me aguanté y no contesté. En ese momento entra un policía que me conocía desde chiquita y entonces la cagada, porque me miró y me dijo “Ay, chata ¿Otra vez en las mismas?” y los señores que estaban ahí se dieron cuenta que yo ya delinquía desde antes y no me creyeron cuando les dije que yo no había hecho nada.

Cuando estaba en la celda vi que entraba mi mamá. Y así, con lágrimas en los ojos, se puso a llorar en voz alta a decirme que porqué le hacía esto,

que yo te he enseñado a vivir y trabajar con el sudor de tu frente, que te gustaba la plata fácil, que porqué estaba haciendo todo esto con mi vida. Y yo ahí recién la pude mirar y me puse a llorar, madre, porque sentía mucha vergüenza y mucha pena y mucha cólera. Y fue así que me detuvieron. Yo nunca he sido cariñosa ni nada, pero recuerdo que en esas épocas le dije a mi mamá que la amaba, cosa que nunca antes había hecho. Y cuando supe que me iban a traer acá, le dije mamá te amo, te amo y nos abrazamos y ella también me dijo que me amaba pese a todo. Le dije lo que había pasado con mi hermanita, y me dijo, así de duro, que si yo de verdad le quisiese no la habría llevado por mal camino. Y bueno, me trajeron acá.

(...) Por eso quiero que me ayude a encontrarla, madre. A mí me dijeron que ella había vuelto a la casa hogar donde estábamos cuando éramos niñas. Le dije a mi mamá que la apoyase mucho mientras yo estaba acá y le contara lo que me había pasado, pero me han dicho que mi hermanita no me cree que estoy en encierro y que no lo puede creer. Necesito que la contacte, así, por Internet, y le comunique estoy acá en Lima y que la extraño mucho y que cuando salga de la casa hogar se vaya con mi mamá, porque la van a cuidar mucho. Y eso, madre, que la extraño muchísimo y que pronto la voy a buscar y nos vamos a volver a ver (...)

JESSICA me comentó que tenía planeado quedarse un tiempo en Lima para conseguir dinero y poco después volvería a Arequipa a buscar a su hermanita y estudiar en la universidad, probablemente Derecho, todo lo que tuviese que ver con juicios e ir a la cárcel. Antes de separarnos le pregunté a JESSICA porqué habían tantas chicas durmiendo y me comentó que un buen grupo tomaba pastillas para dormir, porque tenían problemas por las noches. “Les dan clonazepam” me comentó y me sorprendí, pues es un medicamento bastante fuerte, inclusive en pequeñas dosis y que a lalarga puede causar molestosos efectos secundarios. Interrumpir abruptamente su consumo puede llevar a convulsiones, por lo que me pregunté si las adolescentes que eran dopadas con dicho medicamento podrían seguir consumiendo clonazepamal ser liberadas.

Me comunicaron que más de la mitad de las chicas de mi lista se habían retirado o estaban castigadas en el PAI. Una vez que llegó Mercedes, pude encontrar a algunas, pero todas decidieron quedarse en la sala de esparcimiento, en el patio o en la habitación para lavar ropa. Este fue el caso de KARLA, FRIDA y ALMA. En vista que no quedaban más personas de mi lista, asistí a uno de los comedores en donde Mayra trabajaba con otro grupo. En este se encontraba ALEJANDRA, una

interna que tenía casi nuestra edad y que, a diferencia de la mayor parte de Santa Margarita, venía de una posición acomodada y al parecer había llegado al centro por un conflicto familiar en donde dirigieron todo un juicio en su contra. La acusaron de haber envenenado a su madre; los hechos según su versión es que ambas comieron un helado artesanal que llevaba tiempo en el refrigerador y acabaron en el hospital, y aunque ella pasó por una suerte de intoxicación, su madre falleció y su hermano no dudó en acusarla de tal acontecimiento. Fue así como llegó a Santa Margarita, pero contaba con un bagaje intelectual que no se encontraba fácilmente entre las demás adolescentes. Antes de ingresar, vivía una vida normal como estudiante de una universidad privada.

En el grupo donde pasé la tarde, se tocaron temas bastante puntuales: la homosexualidad, el empleo y las diferencias que hay entre uno y las personas. Respecto al primer tema, por lo menos las adolescentes presentes mostraban un gran rechazo hacia las *mujeres que salían con otras mujeres* y creían que era de mal gusto, incorrecto y malo que una chica caminase con otra besándose en público o en cualquier tipo de intimidad. Para dos estudiantes universitarias de un centro educativo como la PUCP, este tipo de conductas resultan de lo más extrañas, pues entre la comunidad estudiantil hay una gran aceptación por temas como la unión civil, el matrimonio homosexual y la diversidad sexual en general. Mediante el ejemplo de los vegetarianos y los abiertamente carnívoros, intentamos establecer cómo dos personas con hábitos completamente distintas podían llevarse muy bien y por ejemplo, llevar un almuerzo en tranquilidad.

Muchas también tenían la falsa creencia que dentro de las universidades uno podía encontrarse con el mejor tipo de personas. Comentamos que así como dentro del centro muchas habían encontrado grandes amistades y personas que con las que no simpatizaban en lo absoluto, afuera en los institutos y universidades en general, sin importar lo simples o caras que fuesen, iban a encontrar todo tipo de personas.

La conversación tuvo un desarrollo poco personal para las adolescentes, pero resultó ser una excelente forma de dar a conocer nuestro pensamiento respecto a determinados temas. Desde un principio, había quedado bastante claro que el acercamiento al lado emocional de las adolescentes iba a tomar tiempo, especialmente con las más tímidas. FRIDA se encontraba lavando su ropa, KARLA hablando en el patio y ALMA mirando televisión, por lo cual ninguna de las tres

pudo participar en la conversación y antes de irme, les avisé que sería bueno se unieran para la próxima. A lo largo de esta investigación, no es posible utilizar medios coactivos, como es llamar a las tutoras y cuidadoras, para que las adolescentes colaboren con las actividades. A fin de obtener la información más clara posible, es necesario que las propias chicas sientan la necesidad y confianza suficiente como para contar sus historias, tal como me ocurrió con JESSICA el día de hoy.

Después de esta visita ha quedado claro que la gran presencia de la iglesia Católica en el centro de Santa Margarita ha conseguido perpetuar ideas bastante tradicionales como es la creencia en la maldad innata y el carácter contagioso de la homosexualidad. Como se nos explicó en la primera visita, las charlas religiosas y las continuas misas tienen como fin brindarles un apoyo espiritual a las adolescentes, quienes en su mayoría no cuentan con visitas usuales ni tampoco con algún soporte emocional ni en ellas ni en alguien más. De igual forma, las actividades a las que se podían dedicar eran bastante reducidas. Antes de salir del centro, me enteré que Santa Margarita contaba con una biblioteca bastante simple que en su mayoría, contaba con libros de auto ayuda y con un gimnasio abandonado con máquinas que no funcionaban.

Nos retiramos a la hora usual y prometimos volver el sábado siguiente (...)

Fecha: Sábado 24 de octubre de 2015

Horas: 3:00 pm – 6:30 pm

El día de hoy fue mi cuarta visita al centro de adolescentes infractores y mi segunda vez participando del programa EFETA, el mismo que se desarrolló la primera vez que vine: las puertas de Santa Margarita se abren a los visitantes gracias a la intermediación de una ONG que busca difundir la cultura de paz.

A diferencia de la primera visita, Mayra y yo entramos con mucha más confianza por el enrejado eléctrico y las puertas metálicas llenas de pestillos. El procedimiento siempre es el mismo: dejar pertenencias y artefactos electrónicos en la puerta principal y entrar, en la medida de lo posible, con los bolsillos vacíos. Mayra decidió obsequiarle el primer libro de la saga Crepúsculo a ALEJANDRA, una adolescente que solía estudiar en la universidad. Hay un filtro para el paso de literatura: hay una supervisora que debe de cerciorarse que el contenido del libro no sea dañino o nocivo para las adolescentes. En principio, mostró su desaprobación al notar la temática relacionada a los vampiros y después de pensarlo un poco, cuando Mayra y yo regresamos a su escritorio en medio de la misa, aceptó dejarlo pasar con la condición que Mayra le escribiera una dedicación y así cerciorarse de quien debía recibirlo.

En todo caso, participamos de una misa dirigida por el mismo sacerdote de la primera vez, concentrado en su mensaje, vulnerable ante casi setenta y cinco chicas alteradas por las visitas de extraños. Ayudamos a cargar los pasteles hasta el altar para que pasaran por una suerte de bendición.

No hubo mayores incidencias durante la misa. El momento favorito de las adolescentes continúa siendo el darse la paz entre ellas, pues es una excusa perfecta para correr de un lado a otro a saludarse y darse besos en el rostro. De pie al otro lado del patio, le mandaba señas y gestos a FRIDA, indicándole que obedeciera las pautas del sacerdote y recibiendo sus risas silenciosas a modo de respuesta.

Fuimos organizados en grupos una vez acabada la misa. Mayra y yo nos separamos. En la esquina del patio, al lado de las ventanas enrejadas que nos separaban de la sala de recreación, me esperaban FRIDA, JESSICA, ALMA, LUCÍA y KARLA. Me encontré con unas cuantas chicas que no conocía, como MICA, MAYA, y una adolescente que había llegado hacia tan solo dos días: KARINA, quien me contó que había *caído* el miércoles 21 de octubre y que el mismo día había sido trasladada a Santa Margarita, no sin antes aparecer en periódicos y en televisión. Poco después, unas adolescentes me comentaron que había sido detenida por el delito de secuestro, pero no conocían los detalles del caso.

Conversación en Grupo #4

Antes de cualquier diálogo, se les repartió a las adolescentes una hoja de encuestas que tenía como fin ayudarlas a descubrir cómo se habían sentido en las últimas semanas. Considero que es un método medianamente efectivo, pues exige tantos detalles que llenarlo se hace tedioso y muchas adolescentes copian sus respuestas a fin de ahorrar tiempo. Al igual que en la última visita, KAREN seguía pasando encierro en el PAI sin posibilidades de salir ni comunicarse; aparentemente iba a ser liberada el día lunes, dos días después de mi tercera visita, pero aún no era seguro. LUCÍA me dijo que su mala conducta había ocasionado que le quitaran los cubiertos al momento de comer, obligándola a usar las manos “como un animal”. No sé si volveré a verla de nuevo.

Mi grupo estaba dividido entre aquellas chicas que ya me conocían desde hacía varias sesiones (A):

- LUCÍA (gestante: al momento de la visita contaba con seis meses de embarazo)
- JESSICA
- KARLA
- FRIDA
- LAURA (ingresó la semana pasada, pero consiguió conectarse rápidamente conmigo)

Y un grupo de chicas nuevas que yo no conocía: (B)

- KARINA (ingresó dos días antes de esta visita por el delito de secuestro. Se conectó rápidamente)
- MICA
- MAYA

(A) y (B) estaban divididas por la cercanía que tenían conmigo. Mientras unas ya habían conversado y bromeado anteriormente, el resto a penas me conocía de lejos. En esta ocasión, la mayor parte de la conversación la tuvieron las adolescentes del grupo. La atención casi siempre se derivaba a KARINA, la adolescente nueva, quien me comentó que llevaba tan solo dos días y estaba volviéndose loca, pues se aburría mucho. Venía de Villa el Salvador y, aunque me pareció muy extraño, dijo que había sido trasladada el mismo día de su detención, después de haber sido descubierta.

-¿Y por qué a Nadine, la primera dama, no la detienen?- dijo KARINA de repente e hizo un gesto de malestar -Ella también roba millones y todo el mundo lo sabe, yo robo algo pequeño y sin importancia y me detienen al toque.

-Porque Nadine tiene plata y roba *caleta* pues, a ti te chaparon al toque, y además, a donde la manden a la vieja, la van a tratar bien, porque ha estudiado y trabajado, porque es inteligente.

-Eso no me parece justo. No me parece que haya justicia. Yo también estaba estudiando.

-Ya, pero si fueras inteligente, habrías robado mejor.

Todas rieron ante la ocurrencia, pero la idea permaneció. Existe la creencia entre las adolescentes del centro Santa Margarita que el estudio y el trabajo son claros e irrefutables elementos del éxito y del progreso, razón por la cual una gran parte está pensando estudiar alguna carrera técnica al momento de salir y un grupo aún más reducido, ingresar a la universidad, ya sea en Lima o en alguna provincia.

Me preguntaron si había asistido a Maranguita, el centro para adolescentes infractores varones, a lo que contesté que pensaba hacerlo y que las visitas eran los días domingos. KARLA me tomó del brazo y dijo que si iba al pabellón San Martín, le mandara saludos al padre de su hijo, y me lanzó un nombre. El tema de los varones es uno de los favoritos en Santa Margarita; todas las chicas del grupo me aseguraron que estaban en *angustia*, lo cual significaba que llevaban mucho tiempo sin mantener relaciones sexuales. “Sea quien sea” me dijo FRIDA en son de broma “Uno llega aquí y como estamos en angustia, simplemente chapamos y matamos”. Se refería a un intercambio sexual rápido.

KARINA tuvo una idea y dijo que deberían dejarlas a todas solas con los internos cuando los llevaran de visita. Comenzaron a fantasear y dijeron que, si eso pasara, probablemente la directora del centro encontrara a todas *en bola* pocos meses después, es decir, embarazadas. “Ni loca” repuso KARLA agarrándose el vientre “Yo agarro aunque sea una bolsa, porque embarazada de mi segundo hijo no puedo salir”.

El sexo es un tema discutido muy abiertamente en Santa Margarita, en principio porque existe una buena parte que tiene hijos y un grupo reducido que está gestando. Se tiene conciencia sobre los temas de reproducción, pero en la mayor parte de casos se ignoran o se subestiman los temas de métodos anticonceptivos.

Desde el principio del evento había comenzado a llover. Me comentaron que tenían mucho frío y algunas ingresaron a la sala de recreación a traer los suéteres rosados característicos del uniforme de la Unidad 1, en donde permanecían las chicas con la mejor conducta. Les comenté que esto se debía quizá al huracán que azotaba las costas de México. Asustadas, me preguntaron qué era un huracán y les expliqué brevemente que había vientos muy fuertes, lluvia y el mar se agitaba muchísimo.

-¿Es en serio lo del mar? ¿Y no hay forma que llegue acá hasta el Perú? Sería genial. Así el mar se sale y nos abren las puertas para escapar y podremos salir y correr hacia la calle- dijo KARINA, emocionada.

-Tú estás loca ¿No? Si el mar se sale todos se van y nos dejan acá a morir ahogadas ¿Tú que crees?

¿Qué nos van a dejar libres solo porque vamos a morir?- le contestó FRIDA, y era la segunda vez que la escuchaba hablar del tema.

-No nos pueden dejar morir...

-Pues claro que pueden.

Traté de animar a KARINA comentando que durante el terremoto de Pisco las cárceles fueron abiertas para que los presos no muriesen, y aunque funcionó en un principio, todas llegaron a la conclusión que en caso de un desastre natural, iban a quedar “ahogadas, sepultadas y olvidadas”, lo cual es un pensamiento muy internalizado en la mayor parte de las chicas con las que he podido conversar en Santa Margarita. Les queda absolutamente claro que son consideradas como una parte indeseable por la sociedad y que sus vidas valen mucho menos que las de una niña de su edad que ha estudiado y ha permanecido lejos de la delincuencia, las drogas, las fiestas y el sexo, todos ámbitos bien conocidos por una parte buena parte de las adolescentes. Es una experiencia muy triste ver niñas de dieciséis años hablando de la muerte con tanta ligereza.

MICA es una adolescente con el cabello enrulado y recogido en un pomposo moño. Es constantemente molestada por su color de piel, por lo cual decidió cambiarse de grupo y juntarse con FRIDA, LUCÍA, MAYA y las demás, aunque esto signifique que siga siendo punto de determinadas bromas.

En medio de la conversación, Mercedes llegó con bocadillos. Uno de ellos eran pequeñas tortillas crocantes en forma de enrollados que se sumergían en tamarindo antes de comerse. ALMA se sonrió mientras tomaba uno y me contó que hacía mucho tiempo, antes de ingresar al centro, solía ir a comer wantán a un restaurante de comida china (chifa) que quedaba cerca de su casa junto con su enamorado. “Antes de saber que estaba embarazada tenía muchos antojos de esto y siempre le pedía a mi enamorado ir a comer ahí y así pasábamos la tarde”. KARINA se le adelantó “¿Es ese chifa que paraban asaltando en Los Olivos? ¡Ah! ¡Entonces eras tú!”. Rieron juntas.

A lo largo de los diálogos, LAURA, la adolescente que había ingresado hacia aproximadamente una semana, me preguntaba continuamente sobre la música que escuchaba. Este es uno de los temas más conflictivos al momento de hablar con las adolescentes, pues poseemos gustos musicales abismalmente distintos y apenas podemos coincidir en unas cuantas canciones de salsa y rock en español. Me preguntó si conocía a Bob Marley, el ícono de la cultura rastafari y cuando le dije que sí, se emocionó y me comentó que en los últimos días pensaba hacerse un gorro de lana similar al que llevaba el cantante en sus conciertos. “*Ese pata fumaba harta marihuana ¿No?*” preguntó FRIDA. Liliana me mostró un brazalete de tela con los colores amarillo, verde, rojo y verde. Hablando de música y televisión, MAYA me comentó que hacía algunas noches habían podido ver el programa de juegos “*Combate*” y que al momento de salir, le gustaría participar como una de las competidoras. Le comenté que las celebridades populares pasan de moda muy rápido. LUCIA se mostró enojada “¿Quieres ser como esas brutas que salen en la tele a decir cualquier cosa?” preguntó. KARINA me dio la razón y explicó cómo uno de los hombres del programa había perdido popularidad en las últimas semanas.

ALMA comentó que ella *fumaba droga* cuando estaba en libertad y que cuando llegó al centro estaba mucho más delgada que ahora y tenía la piel negra por el abuso de sustancias. Una vez pasadas las semanas del encierro, aumentó de peso y su cuerpo se desintoxicó de a pocos. KARINA se mostró preocupada por aumentar de peso dentro del centro, ya que no había muchas oportunidades de hacer deporte ni tampoco de utilizar las máquinas del gimnasio, en su mayoría malogradas por el paso del tiempo. Mercedes continuaba repartiendo dulces y bebidas a los demás grupos de chicas, todos encargados a un visitante y en algún momento, MAYA me comentó que le parecía injusto que le repartieran más bocadillos al grupo de al lado, donde se encontraba Rubí y su *pareja* Berta, solo porque todo el mundo creía que tenían mejor comportamiento. En algún momento fui a reclamar, pero me dijeron que se habían acabado y tuve que volver con las manos vacías.

Al momento de despedirnos se formó el característico círculo, todas agarradas de los brazos. La mayor parte de las adolescentes me dedicó unas palabras de adiós y de

agradecimiento. FRIDA y JESSICA fueron las que se tomaron más tiempo en decirme lo mucho que significaban mis visitas y que finalmente, me había ganado un enorme lugar en sus corazones y ahora era como una mejor amiga. El resto me dedicó bendiciones y esperaban que volviera pronto.

Al momento de partir, llevé conmigo dos perros de papel que FRIDA había hecho para mí. A lo largo de las últimas dos semanas, había estado trabajando en un regalo hecho a base de papel doblado y pintura acrílica. Eran preciosos y tenían como modelo a Snoopy, el dibujo animado. Uno de ellos vestía de azul y traía un sombrero negro y el otro un suéter morado. FRIDA me dijo que eran una representación de mi actual relación sentimental. Actualmente los tengo adornando el marco de mi ventana.

La visita terminó con un cuestionario y un intercambio de experiencias y lecciones aprendidas entre los visitantes. Después de una corta merienda de gaseosas y pasteles, las guardias de Santa Margarita nos anunciaron que era bastante tarde y era momento de retirarnos.

(...)